

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

BRENDA GOLZIO DUARTE

**SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:
A indenização do dano moral à luz do Recurso Extraordinário 580.252**

**JOÃO PESSOA
2019**

BRENDA GOLZIO DUARTE

**SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:
A indenização do dano moral à luz do Recurso Extraordinário 580.252**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.

JOÃO PESSOA
2019

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

D812s Duarte, Brenda Golzio.

Superpopulação Carcerária e Responsabilidade Civil do Estado: A Indenização do Dano Moral à Luz do Recurso Extraordinário 580.252 / Brenda Golzio Duarte. - João Pessoa, 2019.
78 f.

Orientação: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Responsabilidade civil. 2. Omissão estatal. 3. Superpopulação carcerária. 4. Dignidade humana. 5. Direitos fundamentais. 6. Estado de Coisas Inconstitucional. 7. Danos morais. 8. Indenização pecuniária. I. Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita. II. Título.

UFPB/CCJ

BRENDA GOLZIO DUARTE

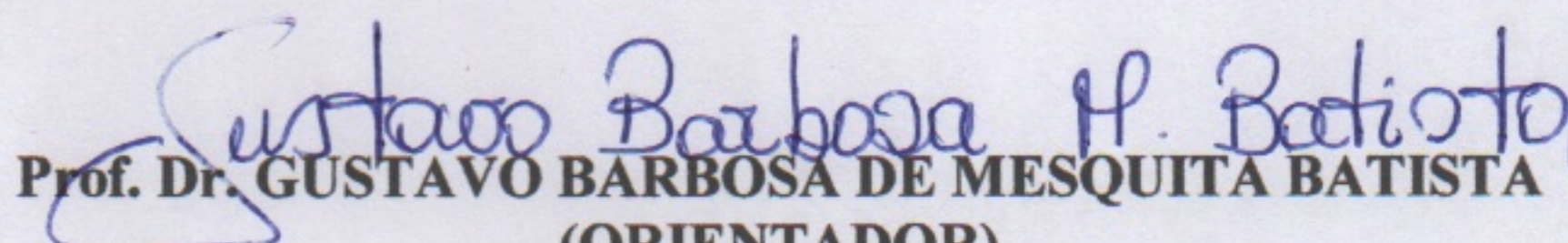
**SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA E RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:
A indenização do dano moral à luz do Recurso Extraordinário 580.252**

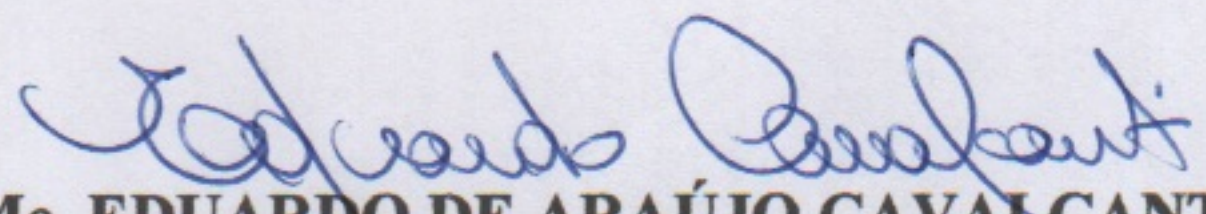
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.

DATA DA APROVAÇÃO: 03 DE MAIO DE 2019.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(ORIENTADOR)


Prof. Me. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(AVALIADOR)


Prof.ª Ma. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES
(AVALIADORA)

Aos que me fizeram continuar.

AGRADECIMENTOS

À Deus, sempre. Sem Ele, nada disso seria possível.

Aos meus pais, Josiane e Robson, que me permitiram estar aqui e me deram todo o apoio necessário, o que vai muito além do material. Foram, são e serão sempre inspiração em minha vida.

À Rafaella, minha irmã, que ao mesmo tempo em que me deu e continua dando broncas para que eu estude, também foi quem me despreocupou quando eu beirava à insanidade entre provas.

Aos meus amigos, a quem eu devo especial gratidão, por terem sido motivação quando nem eu mesma acreditava ser possível terminar o curso. Entre os vários pensamentos sobre trancamento, desistência e outras graduações, foram propulsão para que eu estivesse fechando este ciclo. Aqui incluo as “Meritíssimas” que, mesmo no pouco tempo que estudei à noite, foram essenciais nessa trajetória; Doug, minha dupla de sempre; os meninos da manhã com quem compartilhei muitos seminários e trabalhos pra lá de extensos; aos dos períodos da frente, hoje já graduados, por serem desmedidamente prestativos ao compartilhar dicas e materiais; e aqueles de fora da faculdade, mas que estão dentro do meu coração.

Aos professores que marcaram minha graduação, pela responsabilidade com que desempenham a profissão, e dos quais terei sempre uma recordação positiva. Aqui faço agradecimento especial ao meu orientador, o professor Dr. Gustavo Batista, que considero um exemplo de dedicação à Academia e que não mediu esforços para me auxiliar na elaboração do presente trabalho.

Agradeço a quem me motivou com palavras positivas e que, com carinho e muita paciência, fez com que eu acreditasse no meu potencial. Tudo acontece no seu tempo e sou grata por ter ao meu lado nesse momento tão importante alguém que conseguiu fazer com que eu acreditasse em mim mesma. Seu apoio foi fundamental e eu deixo aqui registrado todo o meu amor.

Minha mais sincera gratidão a todos que, de alguma forma, me fizeram continuar. Positiva ou negativamente, foram impulso para que estivesse aqui hoje, finalmente concluindo a graduação.

Posso não ter me encontrado profissionalmente ainda, mas tenho certeza que essa passagem foi marcada por aprendizados dos quais nutro profundo agradecimento.

*“Se quiseres conhecer a situação socioeconômica do país
visite os porões de seus presídios”.*
(Nelson Mandela)

RESUMO

Diante da crescente discussão acerca da responsabilidade civil, em decorrência do próprio desenvolvimento societário, crescem também as polêmicas quanto ao dever de reparação do Poder Público frente às suas condutas comissivas e omissivas. Tendo evoluído de uma teoria que preconizava a total irresponsabilidade para uma que defende a responsabilização independentemente de culpa ou dolo, o âmbito de incidência da responsabilidade do Estado aumentou consideravelmente. A par disso, considerando a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, somando-se à inércia estatal frente aos problemas visualizados no sistema prisional brasileiro, busca-se discutir a existência de responsabilização da Administração Pública considerando o contexto da superpopulação carcerária que resulta em violações a garantias e preceitos fundamentais. Inicialmente, verificaremos a modalidade de responsabilização nos casos de omissão estatal considerando que há divergência doutrinária e jurisprudencial no que concerne a ser este o caso de adoção da responsabilidade subjetiva, na modalidade culpa administrativa, ou da clássica responsabilidade objetiva respaldada no artigo 37, parágrafo sexto da Constituição Federal. Para além dessa questão, frequentemente os tribunais pátrios têm discutido a própria existência de responsabilização estatal frente à conduta omissiva no tratamento conferido aos presos. Recentemente, através do Recurso Extraordinário 580.252, o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral reconhecendo ser dever do Estado a indenização pelos danos morais sofridos pelos apenados expostos à superpopulação carcerária, o que imediatamente fez surgir críticas dos que consideravam, especialmente, uma suposta destinação inadequada de recursos públicos. Desse modo, trazendo à tona os números relacionados à realidade prisional, para além de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico no que diz respeito aos dispositivos legais que fazem menção ao tratamento dos que estão sob a custódia penal do Estado, buscar-se-á encontrar os fundamentos para conferir legitimidade à decisão paradigmática em comento, analisando a existência ou não dos requisitos necessários para que se possa falar em responsabilidade civil. Tendo isto em mente, a partir de pesquisa dogmática-instrumental, realizada através de levantamento bibliográfico e tendo por base o Recurso Extraordinário 580.252 representativo da controvérsia, teremos como foco principal a discussão acerca da legitimidade da responsabilização estatal nesse contexto, a possibilidade ou não da utilização da teoria da reserva do possível para afastar a sua incidência, para além da problemática no que concerne à pecúnia como meio indenizatório mais adequado diante de um dano extrapatrimonial. Tudo isto considerando que o problema a ser discutido consubstancia uma crise estrutural, tendo o Supremo Tribunal Federal já reconhecido, inclusive, o Estado de Coisas Inconstitucional em que se encontra o sistema penitenciário nacional, o que também será analisado no trabalho. Assim, impende questionarmos, a partir da discussão travada pelos Ministros no julgamento do *leading case*, se é a clássica reparação pecuniária a modalidade mais adequada ou se há outro mecanismo indenizatório que melhor satisfaça diante do contexto aqui brevemente narrado.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Omissão estatal. Superpopulação carcerária. Dignidade humana. Direitos fundamentais. Estado de Coisas Inconstitucional. Danos morais. Indenização pecuniária.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CIDH - CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

DEPEN – DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL

ECI – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

FUNPEN – FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL

LEP – LEI DE EXECUÇÃO PENAL

OAB – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

PSOL – PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE

RE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

TJ – TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UM ENSAIO ACERCA DO INSTITUTO	12
2.1 Conceituação Preliminar	12
2.2 Espécies de Responsabilidade	13
2.3 A Responsabilidade Civil Do Estado: Análise Histórico-Evolutiva	18
2.3.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE ESTATAL	19
2.3.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE COM CULPA (TEORIA CIVILISTA)	20
2.3.3 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA (CULPA DO SERVIÇO OU ACIDENTE ADMINISTRATIVO)	21
2.3.4 TEORIA DO RISCO	24
2.3.5 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	25
3 DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO PAÍS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	27
3.1 Superpopulação Carcerária: Os Dados do Sistema Prisional e a Discussão Sobre a Violação das Garantias	27
3.2 O Estado de Coisas Inconstitucional: Conceito e Análise Geral	35
3.2.1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO CENÁRIO BRASILEIRO: A ADPF 347/DF E A SITUAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL	38
3.2.2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL: A SUPOSTA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA E AS VOZES CONTRÁRIAS AO SEU RECONHECIMENTO	41
4 DO CASO PARADIGMÁTICO: REFLEXÕES ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252	46
4.1 Superpopulação Carcerária e o Caso Paradigmático do Mato Grosso do Sul	48
4.2 Da Responsabilização Estatal no Caso em Comento	50
4.3 Do Dano Moral Incontroverso e da Alegação da Teoria da Reserva do Possível como Cláusula Excludente de Reparação	52
4.4 Dos Votos dos Ministros e Forma de Reparação Mais Adequada	58
4.4.1 A REMIÇÃO DA PENA COMO POSSÍVEL MECANISMO RESSARCITÓRIO	58
4.4.2 DA PECÚNIA COMO MECANISMO RESSARCITÓRIO MAIS EFICAZ	64
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	70
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

Com a evolução da sociedade moderna, também os embates concernentes à teoria da responsabilidade civil evoluem. Trata-se de um tema em constante discussão e cuja relevância cresce cotidianamente. Quanto mais complexas se tornam as relações humanas, maiores os riscos e as possibilidades de dano a serem enfrentados pela sociedade.

Nesse contexto, também a responsabilidade civil do Estado vem sendo alvo de polêmicas. Dentre os diversos âmbitos de discussão sobre a responsabilidade extracontratual estatal, a área penal abarca uma vasta gama de problemas que ensejam divergentes visões. Na realidade, é no âmbito penal que encontramos as mais complexas e delicadas controvérsias, por estarmos diante de um segmento jurídico no qual está em jogo o direito à liberdade, explicitamente exposto no caput do artigo 5º da Constituição Federal.

Dessa forma, considerando a fragilidade inerente à problemática do *status libertatis* do indivíduo, os entraves na área penal se mostram bastante delicados, o que não poderia ser diferente, levando em consideração o fato de ser a privação de liberdade uma situação extremamente invasiva.

Partindo do pressuposto de ser este um tema em voga que merece uma análise aprofundada, o presente Trabalho de Conclusão de Curso terá por objetivo a discussão da responsabilidade civil do Estado dentro da área penal, mais especificamente no que concerne à indenização dos danos morais causados aos presos expostos à superpopulação carcerária, tendo como base o Recurso Extraordinário 580.252 representativo da controvérsia. Situa-se, portanto, no âmbito do Direito Público, abarcando as searas penal e administrativa.

É sabido que aquele que comete um delito há, por óbvio, de ser responsabilizado penalmente. Entretanto, apesar de ter que cumprir determinada pena, não podem seus direitos fundamentais ser desrespeitados. Na prática, porém, o que se verifica no sistema prisional é um flagrante desrespeito ao patrimônio jurídico dos apenados somada à omissão estatal no que diz respeito à adoção de políticas públicas para sanar a problemática. Sendo assim, sustenta-se ser necessária uma intervenção do Judiciário para que se modifique dita situação que, de tão profunda e agravada, demanda uma ação sistêmica por parte dos Três Poderes estatais.

Diante disso, construímos o presente trabalho monográfico buscando problematizá-lo a partir das seguintes questões: quais são os requisitos para que se possa falar em responsabilidade civil do Estado?; verificada a omissão, estaríamos diante de responsabilidade subjetiva ou objetiva?; diante da exposição de um apenado à superpopulação carcerária,

estaria o Estado obrigado a repará-lo civilmente ou seria o caso de eventual excludente de responsabilidade pautada na reserva do possível?; caso haja, de fato, responsabilização, qual seria a forma mais eficaz de reparação, por estarmos diante de um dano extrapatrimonial e considerando a crise estrutural que se vivencia no âmbito criminal somada ao habitual argumento do orçamento deficitário?

Assim, a pesquisa terá como foco principal tais questionamentos, em especial aquele relativo à indenização do dano moral, a fim de que o tema esteja bem delimitado e que não se perca o objetivo do trabalho a ser realizado. Busca-se, portanto, a obtenção de um posicionamento no que concerne a ser ou não legítima a indenização decorrente da precariedade e insalubridade que é classicamente encontrada no sistema carcerário brasileiro, para além da discussão acerca da pecúnia como meio indenizatório mais adequado para tanto.

Considerando a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil somando-se à inércia estatal frente aos problemas do nosso sistema prisional, o presente trabalho monográfico se mostra relevante na medida em que busca discutir a eventual existência de responsabilidade do Estado considerando o contexto da superpopulação carcerária que acaba por culminar em uma série de violações a garantias e preceitos fundamentais, sem deixarmos de considerar a problemática inerente às rubricas orçamentárias.

Para responder aos questionamentos supramencionados e com vistas a atingir o escopo do presente trabalho, este se desenvolverá a partir de pesquisa do tipo dogmática-instrumental, uma vez que será usado tanto arcabouço teórico-bibliográfico, legislativo e jurisprudencial. Notadamente, nos embasaremos no julgado paradigmático proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede do Recurso Extraordinário 580.252, que se caracteriza como tal por tratar especificamente do tema da responsabilidade estatal em relação aos danos causados aos apenados em decorrência das deletérias condições do sistema prisional, sem olvidar da discussão trazida através da ADPF 347/DF que trata do “Estado de Coisas Inconstitucional” encontrado nos presídios brasileiros.

Utilizar-se-á o método dedutivo como método de abordagem, uma vez que partiremos de uma discussão geral e ampla, qual seja, a responsabilidade civil do Estado, buscando chegar a uma discussão específica, que diz respeito à existência de dano apto a ensejar reparação por parte do Estado aos apenados que estão expostos às condições desumanas no ambiente carcerário e respectiva indenização.

A técnica de pesquisa a ser desenvolvida será basicamente a bibliográfica, uma vez que todo o Trabalho será desenvolvido a partir da leitura de artigos científicos e livros, para

além dos dispositivos legais relacionados ao tema e, em especial, da paradigmática decisão judicial a qual nos reportamos anteriormente.

Neste ínterim, *ab initio* e logo no primeiro capítulo, encontrar-se-á um panorama do instituto da responsabilidade civil do Estado, as teorias a ela inerentes, bem como a sua evolução histórica. Tudo isso será realizado com o objetivo de encontrar o fundamento para uma eventual responsabilização do Estado nas circunstâncias supramencionadas. É nesse capítulo também que se indagará acerca da responsabilidade estatal nas hipóteses de omissão: há divergência, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, acerca de ser este o caso da adoção da teoria subjetiva, na modalidade culpa administrativa, ou da clássica teoria objetiva preconizada no artigo 37, parágrafo sexto da Constituição Federal.

No segundo capítulo, por sua vez, nos proporemos a analisar os dados do sistema penitenciário nacional, trazendo à tona a problemática que foi levada ao Supremo Tribunal Federal através da proposição da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 347 pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) com o intuito de reconhecer o quadro de violação de direitos fundamentais no âmbito do sistema penitenciário nacional, sendo incluído, nesse cenário de desrespeito, o tema da superpopulação carcerária. Tratar-se-á, portanto, do que se convencionou chamar “Estado de Coisas Inconstitucional” exatamente por se sustentar que inexiste atualmente maior distância no que concerne à aplicabilidade dos direitos que se encontram postos na Constituição e a realidade que se vive no ambiente carcerário brasileiro. O reconhecimento do ECI pelo Supremo Tribunal Federal levantou a já conhecida polêmica acerca do ativismo judicial, a qual também será objeto de discussão.

Por fim, examinaremos mais detalhadamente o Recurso Extraordinário 580.252 que fixou tese de repercussão geral reconhecendo ser dever do Estado a indenização pelos danos morais sofridos pelos apenados expostos à superpopulação carcerária. Mais especificamente, ao tratar dele, buscaremos analisar os votos proferidos pelos Ministros e discutir os argumentos contrários e favoráveis à indenização em pecúnia pelos danos morais decorrentes do contexto degradante a que um apenado é sujeitado, especialmente considerando o número de detentos que se encontram na mesma situação, a limitação orçamentária e a necessidade de adoção de políticas públicas em ação conjunta dos Três Poderes.

2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UM ENSAIO ACERCA DO INSTITUTO

Quando analisamos a etimologia da palavra, temos que “*responsabilidade*” é um termo de origem latina, cuja expressão *respondere* diz respeito ao dever de assumir as consequências decorrentes de determinada conduta. Trata-se de uma obrigação que surge para alguém por ter sido praticado um comportamento prejudicial a outrem.

Desse modo, a responsabilidade surge a partir de um fato jurídico genericamente considerado. Fala-se em um ato secundário à obrigação. Na realidade, a responsabilidade surge quando um dever primário – a obrigação propriamente dita – não é cumprida ou é cumprida de maneira insatisfatória.

2.1 Conceituação Preliminar

Podemos afirmar que a responsabilidade nada mais é senão a consequência jurídica advinda do descumprimento de uma obrigação. Em todo o caso, cumpre esclarecer que “obrigação” e “responsabilidade”, apesar de estarem conectadas, têm existência independente, ou seja, pode existir responsabilidade sem obrigação e, do mesmo modo, obrigação sem responsabilidade.

Além disso, é imperioso que antes de qualquer discussão, façamos a distinção entre a ideia de responsabilidade moral da responsabilidade jurídica. A primeira compreende uma vasta gama de obrigações que são inerentes à própria consciência social, podendo advir de normas costumeiras e religiosas. Maria Helena Diniz¹, discorrendo sobre estas, aduz que:

A obrigação moral constitui mero dever de consciência, cumprido apenas por questão de princípios; logo, sua execução é, sob o prisma jurídico, mera liberalidade. É o caso, p. ex., da obrigação de cumprir determinação de última vontade que não tenha sido expressa em testamento, bem como o da obrigação de socorrer pessoas necessitadas.

Entretanto, a responsabilidade que será utilizada para a construção do presente trabalho é a responsabilidade jurídica, que advém de imposições legais que trazem consigo efeitos jurídicos em caso de descumprimento. Destarte, no âmbito das obrigações jurídicas, é a noção de responsabilidade civil que nos interessa mais especificamente.

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

Dito isto, de maneira simplificada, a responsabilidade civil consiste no dever de reparar um dano causado a outrem em decorrência de uma conduta comissiva (um “fazer”, ou seja, uma ação positiva) ou omissiva (um “não fazer”, ou seja, uma abstenção). Esta conduta deverá manter um elo com o prejuízo que fora causado, caracterizando o que denominamos nexos de causalidade.

Conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²:

Responsabilidade, para o Direito, nada mais é, portanto, que uma obrigação derivada — um dever jurídico sucessivo — de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências essas que podem variar (reparação dos danos e/ou punição pessoal do agente lesionante) de acordo com os interesses lesados.

São, portanto, três os elementos básicos que pautam a noção de responsabilidade: uma conduta (comissiva ou omissiva), um dano e o nexo de causalidade entre os dois primeiros.

É importante frisar que, tal como veremos mais adiante, há ainda um quarto elemento que pode vir a ser considerado, a depender da modalidade de responsabilidade que estaremos a tratar, se objetiva ou subjetiva. Nesta última espécie, há de ser adicionada a discussão concernente à existência do dolo (intenção de causar o dano) ou da culpa (nas situações em que o dano foi causado por imprudência, negligência ou imperícia).

Feitas tais considerações e a partir desse panorama, podemos entender que o instituto da responsabilidade civil se mostra imprescindível no contexto social, uma vez que não raramente estaremos diante de situações nas quais os indivíduos saem lesados tanto material quanto moralmente. Trata-se, pois, de uma fórmula encontrada pelo Direito que objetiva reestabelecer o equilíbrio que fora prejudicado em função de uma conduta positiva ou negativa que trouxe prejuízo a alguém.

Quando, após o prejuízo ocorrido, não há meios de se reestabelecer o *status quo ante*, haverá de ser realizada uma reparação do dano, como contraprestação. Surge, então, a responsabilidade propriamente dita.

2.2 Espécies de Responsabilidade

Várias são as espécies de responsabilidade. Inicialmente, pode-se estabelecer a dicotomia existente entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Obviamente, ambas decorrem de um dano. Entretanto, estaremos diante da segunda quando o agente, ao causar

² GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 3: Responsabilidade Civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 51.

determinado prejuízo, transgredir também a lei penal. Na responsabilidade civil estaremos diante do surgimento de uma obrigação patrimonial, em regra. Na responsabilidade penal, porém, haverá uma responsabilização pessoal, que, dentre outras sanções, poderá culminar na privação do *status libertatis* do causador do dano.

Ao considerarmos o aspecto da culpabilidade do agente, afirma-se que a responsabilidade penal é mais restrita que a civil, uma vez que nem sempre os atos provenientes de culpa ensejarão uma responsabilidade no âmbito criminal.

Precisa é a lição de Stolze e Pamplona³:

Na responsabilidade civil, o agente que cometeu o ilícito tem a obrigação de reparar o dano patrimonial ou moral causado, buscando restaurar o status quo ante, obrigação esta que, se não for mais possível, é convertida no pagamento de uma indenização (na possibilidade de avaliação pecuniária do dano) ou de uma compensação (na hipótese de não se poder estimar patrimonialmente este dano), enquanto, pela responsabilidade penal ou criminal, deve o agente sofrer a aplicação de uma cominação legal, que pode ser privativa de liberdade (ex.: prisão), restritiva de direitos (ex.: perda da carta de habilitação de motorista) ou mesmo pecuniária (ex.: multa).

Nesse sentido, por trazer consigo a possibilidade do surgimento de consequências mais invasivas, deve haver maior cautela na apuração da responsabilidade penal, visto que, quando tratamos desta, existe a chance de ser cominada ao indivíduo a privação da liberdade que constitui um direito inerente ao seu patrimônio jurídico.

No trabalho de conclusão de curso que aqui se desenvolve estarão presentes ambas as espécies, visto que questionaremos a existência da responsabilidade civil do Estado quando este não confere tratamento adequado àqueles que estão sendo penalmente responsabilizados, por terem cometido determinada infração penal.

Passando adiante, outra dicotomia que pode ser elencada quanto a esta temática diz respeito à responsabilidade contratual e extracontratual, esta que também é chamada de aquiliana. A primeira resulta do inadimplemento de uma obrigação constante em um instrumento contratual. A responsabilidade extracontratual, por sua vez, prescinde da existência de um pacto celebrado.

Assim, podemos afirmar que a responsabilidade extracontratual advém do descumprimento de um dever legal geral, enquanto a responsabilidade contratual é proveniente do descumprimento de um pacto anteriormente celebrado. No presente trabalho, há de se falar na responsabilidade extracontratual do Estado quanto à vigilância para com os

³ Ibidem, p. 52.

apenados, uma vez que não fora estabelecido entre as partes qualquer acordo prévio. Na realidade, o dever de zelar pela integridade física daqueles advém de uma vasta gama de dispositivos legais, sem olvidar das determinações constitucionais que assim prescrevem.

Por fim, a última dicotomia que merece nossa atenção é a que separa a responsabilidade subjetiva da responsabilidade objetiva. A primeira é pautada na ideia de culpa, ou seja, a obrigação de reparar o dano está condicionada à existência de dolo ou culpa do causador do dano. Trata-se de um pressuposto necessário para que possa se falar na obrigação de indenizar. Por outro lado, a responsabilidade objetiva é aquela que prescinde da ideia de culpa. Ou seja, o próprio ordenamento jurídico, em ocasiões especiais, impõe a existência de responsabilidade ainda que inexista culpa do causador do dano. Conforme Carlos Roberto Gonçalves⁴:

A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.

Precisamos mencionar aqui a existência de divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à responsabilidade do Estado por conduta omissiva, de modo a ser este um tema que não é pacífico no ambiente jurídico. Acerca da temática, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁵:

Se não há, em relação às ações estatais, polêmica ou disputa acerca da natureza da responsabilidade (objetiva), já não é assim em relação às omissões estatais. Há, atualmente, ambas as correntes, subjetivistas e objetivistas. A primeira, mais tradicional, exige a clássica prova da culpa para responsabilizar o Estado. A segunda, de cores mais contemporâneas, dispensa o requisito da culpa - exigindo, porém, naturalmente, a prova do nexo causal.

Defendemos aqui a responsabilidade objetiva estatal frente à omissão no que concerne ao tratamento dos detentos do sistema prisional, uma vez que o Estado ocupa a posição de garante em dadas circunstâncias. Seguimos a posição defendida por Gilmar Mendes, relator da ARE 662.563 AgR/GO⁶:

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**, v. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 48.

⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 4. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 650.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 662.563 AgR/GO**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 05 mar. 2012.

[...] a jurisprudência dominante desta Corte que se firmou no sentido de que a negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilização objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados.

Na realidade, consoante se verá mais adiante, existem diversos dispositivos legais que determinam a obrigação de o Poder Público conferir aos apenados condições dignas de vida, apesar de estes estarem cumprindo pena em decorrência de crime anteriormente cometido. Há de se falar, portanto, em uma omissão específica, advinda de um dever legalmente imposto. Nos termos de Sergio Cavalieri Filho⁷:

Haverá omissão específica quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a omissão específica pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado.

Consoante o mesmo autor⁸, diferente é a responsabilização nos casos de omissão genérica, senão vejamos:

Em contrapartida, a omissão genérica tem lugar nas hipóteses em que não se pode exigir do Estado uma atuação específica; quando a Administração tem apenas o dever legal de agir em razão, por exemplo, do seu poder de polícia (ou de fiscalização), e por sua omissão concorre para o resultado. Em síntese, na omissão específica o dano provém diretamente de uma omissão do Poder Público; na omissão genérica, o comportamento omissivo do Estado só dá ensejo à responsabilidade subjetiva quando for concausa do dano juntamente com a força maior (fatos da natureza), fato de terceiro ou da própria vítima.

Destarte, a despeito de não ser um tema pacífico nem mesmo na Corte Superior brasileira, e apesar das vozes contrárias na doutrina administrativista que repudia a responsabilidade objetiva por omissão, sustentando que nasceria daí a “panresponsabilização” estatal, a posição por nós adotada é aquela segundo a qual, tendo o Poder Público o dever legal de agir em determinada situação e quedando-se inerte, de modo a trazer uma consequência negativa para um sujeito específico, surgirá a responsabilidade por omissão, a

Data de Publicação no DJE: 08 mar. 2012. Disponível em: <
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21349297/recurso-extraordinario-com-agravo-are-662563-go-stf>>.
 Acesso em 02. nov. 2018.

⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 337.

⁸ Ibidem, p. 338.

qual terá por consequência a responsabilização civil do Estado de maneira objetiva, ou seja, não há de se perquirir acerca do dolo ou culpa.

Interessante é o posicionamento adotado por Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald⁹, para quem o nexo de causalidade seria o elemento central de toda a celeuma, detendo para si a função de impedir a posição do Estado como garantidor universal:

A adoção da tese objetivista não significa, ao contrário do que pensam alguns, uma ampliação desmedida da responsabilidade estatal. O nexo causal impede que isso aconteça. O dano precisa resultar de uma omissão que esteja ligada a ele. À omissão, em outras palavras, precisa ser a causa do dano. Pensemos num exemplo. A morte de um detento por companheiro de cela - situação absurdamente frequente no Brasil - é um dano ligado a uma omissão estatal. Não foi um agente penitenciário que assassinou o preso, foi outro detento. A omissão estatal, porém, está nitidamente relacionada ao dano (cabe ao Estado, sabemos, zelar pela integridade física e moral do preso, à luz do art. 5º, XLIX, da Constituição da República, dever que existiria mesmo que a Constituição nada estatuisse a respeito). A omissão, portanto, no caso, foi a causa direta do dano. [...] O curioso - e de certa forma lamentável - é que na maioria dos casos a adoção de uma ou outra postura interpretativa (subjetivista ou objetivista) não alteraria a solução do caso levado ao Judiciário. [...] Cabe repetir: em torno do nexo causal devem orbitar tais discussões - não em torno da culpa.

Desse modo, diante de uma situação omissiva causadora de dano, o administrado não necessita comprovar dolo ou culpa por parte do Estado, tal como encontra-se delineado nos termos do artigo 37, parágrafo sexto da Constituição Federal de 1988, que será melhor delineado posteriormente. A discussão deverá residir em torno do nexo causal.

Em todo o caso, o que observamos no cenário sob comento é que se mostra evidente a negligência do Poder Público. Este se mantém inerte apesar da vasta gama de dispositivos legais que impõem a necessidade de se estabelecer um tratamento adequado aos apenados.

Os detentos estão sob a custódia direta do Estado. Trata-se de uma coletividade bem determinada que, indiscutivelmente, precisa da atenção do Estado 24 horas por dia para a realização das suas atividades diárias e para a satisfação da assistência material, à saúde, higiene, dentre outras. Não há de se falar em um dever genérico, mas bastante específico. Defender a responsabilidade objetiva estatal nesses casos não fará com que o Estado automaticamente se torne um segurador universal, como querem alguns. Isto porque nesse caso, há verdadeira negligência em uma situação com contornos muito bem delineados.

Por essa razão, e considerando os diplomas legais que determinam que o Estado confira um tratamento condizente com o princípio da dignidade humana, há de se falar no descumprimento de um dever imposto legalmente, fazendo nascer a responsabilização civil

⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. op cit, p. 652-653.

para o Poder Público, de cuja ação não se deverá discutir a culpa ou o dolo. Temos, pois, diante da perspectiva da última dicotomia aqui abordada, uma responsabilidade objetiva.

2.3 A Responsabilidade Civil Do Estado: Análise Histórico-Evolutiva

Tal como já nos pronunciámos anteriormente, a responsabilidade civil do Estado constitui uma obrigação que surge para o Poder Público em razão de este ter causado aos seus administrados determinado dano, quer seja em decorrência de uma atitude comissiva ou omissiva. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰:

Entende-se por responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos. Pode-se, portanto, dizer que a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.

Desse modo, a responsabilidade extracontratual do Estado está relacionada à obrigação de reparação de resultados danosos causados a terceiros, quer tenham eles advindo de condutas positivas ou negativas, ilícitas ou não, desde que eles possam ser imputados aos agentes públicos.

Com fulcro no artigo 37, parágrafo sexto da Constituição Federal¹¹, temos que o ordenamento jurídico atual considera como objetiva a responsabilidade civil do Estado, senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

De modo semelhante prescreve o Código Civil¹²:

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 993.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. (1988). 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Desse modo, o que temos hoje é que para que possa se falar na responsabilidade extracontratual do Estado não há que se discutir acerca da ocorrência de dolo ou culpa em determinada situação. Apesar de parte da doutrina divergir sobre ser a responsabilidade objetiva também nas situações de omissão, o presente trabalho não fará distinção nesse sentido, tal como mencionamos anteriormente.

Fato é que nem sempre a responsabilização do Estado foi considerada sob esta perspectiva independente de culpa ou dolo. Apesar de a nossa Carta Magna e o Código Civil atuais estabelecerem a prescindibilidade de qualquer grau de culpa pelos atos danosos das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, esta não foi uma condição imutável na história da sociedade. Na verdade, houve uma evolução paulatina da responsabilidade do Estado, consoante veremos a seguir.

2.3.1 TEORIA DA IRRESPONSABILIDADE ESTATAL

Até meados do século XIX, prevaleceu entre os ocidentais a teoria segundo a qual o Estado não era responsável pelos atos que fossem praticados pelos seus agentes. O Estado absolutista se valia da seguinte argumentação: sendo o rei a própria figura do Estado e da Lei, inconcebível seria afirmar que o mesmo agiria com vistas a infringir o que caberia a ele velar. Assim, a Administração não seria responsabilizada frente aos eventuais danos causados à população, pois, caso assim fosse, a própria soberania estatal estaria sendo posta em dúvida.

Interessante trazer à baila os ensinamentos de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹³, ao afirmarem que “Os agentes públicos, como representantes do próprio rei, não poderiam, portanto, ser responsabilizados por seus atos, ou melhor, seus atos, na qualidade de atos do rei, não poderiam ser considerados lesivos aos súditos.” Vigorava a máxima segundo a qual “*The king can do no wrong*”, ou seja, o rei não pode errar.

Conforme Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁴:

¹² BRASIL. **Código Civil (2002)**. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.

¹³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 846.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 717.

A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na ideia de soberania: o Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong; le roi ne peut malfaire*) e o de que "aquilo que agrada o príncipe tem força de lei" (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania.

Entretanto, com a própria evolução do Estado, tal teoria passou a ser repudiada, por ser nítida a sua injustiça. O Estado, ao contrário do que se defendia, não é inatingível e seus agentes devem sim ser responsabilizados, uma vez que não são isentos de falhas. Dessa forma, com a paulatina evolução para o Estado Democrático de Direito, a teoria da irresponsabilidade estatal passou a ser abominada.

Em qualquer caso, o direito positivo brasileiro não acolheu a teoria da irresponsabilidade, na medida em que esta era vista com aversão pelos juristas, apesar de sequer existirem normas regulando a questão em um primeiro momento.

2.3.2 TEORIA DA RESPONSABILIDADE COM CULPA (TEORIA CIVILISTA)

Passados os anos, passou a vigorar entre nós o que ficou conhecido como doutrina civilista da culpa, que se tornou evidente no século XIX. A partir dela, os atos do Estado eram divididos entre atos de império e atos de gestão, de maneira que os primeiros seriam aqueles praticados pela Administração com as qualidades que lhes são próprias - as chamadas prerrogativas públicas -, enquanto os atos de gestão seriam aqueles praticados pelo Estado sem as prerrogativas que lhes são comuns, ou seja, seriam os atos da Administração que se assemelham aos atos praticados pelos particulares.

Conforme essa teoria, os atos de império não ensejavam qualquer responsabilidade por parte do Estado, ao contrário dos atos de gestão que podiam, estes sim, ter consequência jurídicas, caso decorressem de ação culposa dos agentes estatais.

Trata-se de verdadeiro abrandamento da teoria da irresponsabilidade. Conforme José dos Santos de Carvalho Filho¹⁵:

Aqueles [os atos de império] seriam coercitivos porque decorrem do poder soberano do Estado, ao passo que estes [os atos de gestão] mais se aproximariam com os atos

¹⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 573.

de direito privado. Se o Estado produzisse um ato de gestão, poderia ser civilmente responsabilizado, mas se fosse a hipótese de ato de império não haveria responsabilização, pois que o fato seria regido pelas normas tradicionais de direito público, sempre protetivas da figura estatal.

Tal teoria decaiu, dentre outros motivos, em razão de, na prática, a distinção entre tais espécies de atos ser praticamente impossível. Na realidade, a dicotomia aqui destacada trazia mais problemas que soluções.

2.3.3 TEORIA DA CULPA ADMINISTRATIVA (CULPA DO SERVIÇO OU ACIDENTE ADMINISTRATIVO)

Com a decadência da teoria da responsabilidade com culpa, passou-se a falar na teoria da culpa administrativa, também conhecida por teoria da culpa do serviço ou do acidente administrativo. Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo¹⁶ ela representa a transição da doutrina subjetiva da culpa civil para a responsabilidade objetiva estatal adotada modernamente.

Segundo a teoria da culpa, os agentes estatais eram vistos como “partes” do Estado, de modo que, em sendo causado determinado prejuízo por parte daqueles, ainda que não fosse possível indicar com precisão o causador, haveria de se falar em responsabilização. Havia, assim, uma espécie de desvinculação da responsabilidade do Estado da culpa do agente público.

Consoante tal tese, o agente público é visto como parte da própria estrutura estatal, atuando como verdadeiro preposto do Estado. Fala-se, então, não na culpa subjetiva do agente, mas na própria culpa da Administração, que se convencionou denominar culpa anônima do serviço público. Segundo Maria Sylvia di Pietro¹⁷, a culpa do serviço ocorre quando:

[...] o serviço público não funcionou (omissão), funcionou atrasado ou funcionou mal. Em qualquer dessas três hipóteses, ocorre a culpa (jaute) do serviço ou acidente administrativo, incidindo a responsabilidade do Estado independentemente de qualquer apreciação da culpa do funcionário.

Nesse ínterim, para que pudesse se falar em reparação de danos ao lesado, faria necessário se comprovar alguma dessas modalidades de culpa, ou seja, cabia a quem foi

¹⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit., p. 847.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 719.

prejudicado comprovar a existência do elemento subjetivo em uma das três situações mencionadas pela autora acima citada.

Perfeita é a colocação de Ana Cecília Rosário Ribeiro¹⁸, em citação encontrada em livro de Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona, ao afirmar que resta evidente a influência da teoria organicista, pela qual o ato do funcionário passou a ser compreendido como ato da Administração.

Existem, ainda, alguns autores que falam na teoria da culpa presumida ou falsa teoria objetiva como uma variante da teoria da culpa administrativa. É o caso de Stolze e Pamplona¹⁹ quando afirmam que nessa espécie de teoria haveria a presunção de culpa do Estado, cabendo a este se desincumbir de tal alegação.

Tal como já abordamos superficial e anteriormente, há quem entenda que, mesmo atualmente, a responsabilidade estatal pelas condutas omissivas é subjetiva, na modalidade culpa administrativa, sendo esta a posição, dentre outros autores, a defendida por Celso Antonio Bandeira de Melo²⁰, para quem:

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo se caso esteja *obrigado a impedir* o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se *descumpriu dever legal* que lhe impunha obstar ao evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não ha conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Como visto, o posicionamento do administrativista é apoiado na ideia de que a responsabilidade civil do Estado por omissão estaria conectada à teoria subjetiva da culpa administrativa, na modalidade falta do serviço.

Dessa forma, somente nos casos em que o Estado ocupe a posição de garantidor, ou seja, tem a obrigação de evitar um resultado danoso, é que as suas condutas omissivas devem ser pautadas pela responsabilidade objetiva, ou seja, a responsabilização independerá de dolo

¹⁸ RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 2003, p. 24 apud. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, op. cit., p. 252

¹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona, op. cit., p. 254.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1029.

ou culpa. Aqui reside a diferenciação feita por Sérgio Cavalieri Filho entre a omissão genérica, ensejadora da responsabilidade subjetiva, e a omissão específica, que traz como consequência a responsabilidade objetiva, exatamente por existir um dever individualizado de agir.

Tal como foi dito em momento prévio, somos partidários da tese da não diferenciação das modalidades de responsabilidade estatal, ou seja, quer na situação de responsabilização por conduta omissiva ou comissiva, cremos ser imputada ao Estado a responsabilidade objetiva, independente de dolo ou culpa. Obviamente, existem situações de omissão que o Estado não deve ser responsabilizado, ou a própria atividade estatal restaria inviabilizada. Porém, em existindo um dever específico advindo de um texto normativo que impõe uma ação estatal, não pode o Poder Público eximir-se da responsabilização decorrente de um não fazer.

Destarte, comprovado o dano e estando ele diretamente relacionado à determinada ação ou omissão estatal, há de se falar na responsabilização objetiva, visto que nem mesmo a própria Constituição Federal tratou as situações de modos diversos.

A respeito do tema, perfeita é a colocação de Di Pietro²¹:

Existe controvérsia a respeito da aplicação ou não do artigo 37, § 6º, da Constituição às hipóteses de omissão do Poder Público, e a respeito da aplicabilidade, nesse caso, da teoria da responsabilidade objetiva. Segundo alguns, a norma é a mesma para a conduta e a omissão do Poder Público; segundo outros, aplica-se, em caso de omissão, a teoria da responsabilidade subjetiva, na modalidade da teoria da culpa do serviço público. Na realidade, a diferença entre as duas teorias é tão pequena que a discussão perde um pouco do interesse, até porque ambas geram para o ente público o dever de indenizar.

É evidente que a nós é dada a possibilidade de discussão acadêmica, especialmente considerando os argumentos que vão no sentido de a responsabilidade objetiva por omissão tornar o Estado um garantidor universal. Porém, devemos nos ater ao brocardo latino segundo o qual "*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*", ou seja, onde o legislador não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo. Além disso, tal como mencionou a autora acima citada, tal discussão acaba não tendo efeitos práticos, na medida em que, quer seja subjetiva ou objetiva, o dever de indenizar permanece.

Por isso, apesar da divergência existente tanto acadêmica, quanto jurisprudencialmente, defendemos que, mesmo nos casos de inércia do Estado, há de se falar na responsabilização objetiva deste. Corroborando para a nossa tese, na hipótese delimitada

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Forense, 2018. p. 832.

no presente trabalho que considera a situação da superpopulação carcerária, por considerarmos os diversos comandos legais que atribuem ao Estado o dever de cautela para com os apenados sujeitos ao cárcere brasileiro, em não sendo este observado, cumpre ao Poder Público responder pelos danos que eventualmente forem causados, objetivamente.

2.3.4 TEORIA DO RISCO

A teoria do risco é o pilar que fundamenta a responsabilidade objetiva do Estado. Segundo ela, basta a comprovação do nexo de causalidade entre o ato de um agente público e o prejuízo específico e anormal sofrido por alguém, independentemente de ter o serviço público funcionado bem ou mal, prescindindo também da análise dos elementos subjetivos do agente público. Essa teoria é assim denominada uma vez que há o entendimento de que a atuação estatal é, por si só, arriscada.

Há autores que dividem esta teoria em duas espécies, quais sejam: a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, diferenciando-as quanto à possibilidade de alegação das causas excludentes da responsabilidade do Estado.

Para Hely Lopes Meireles²² na teoria do risco administrativo se admitiria a alegação de culpa da vítima, culpa de terceiros e força maior, enquanto na teoria do risco integral sequer deveriam ser analisado tais fatos, uma vez que eles não seriam considerados como causas excludentes da responsabilidade.

Há quem afirme que a teoria do risco integral, em nosso ordenamento jurídico, pode ser verificada nos casos de responsabilidade por danos nucleares e por danos ambientais, como é o caso de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo²³. Adicionem-se a este rol os danos decorrentes de atos terroristas.

De qualquer modo, como bem é defendido por Di Pietro²⁴, trata-se de uma diferenciação meramente terminológica sem implicações práticas diretas. Defende-se, portanto, que:

[...] não é demais repetir que as divergências são mais terminológicas, quanto à maneira de designar as teorias, do que de fundo. Todos parecem concordar em que se trata de responsabilidade **objetiva**, que implica averiguar se o dano teve como **causa** o funcionamento de um serviço público, sem interessar se foi regular ou não. Todos também parecem concordar em que algumas circunstâncias excluem ou diminuem a responsabilidade do Estado.

²² MEIRELES, Hely Lopes. apud. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 721.

²³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit. p. 849.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 827.

Por isso, a qualificação entre uma e outra não merece tanta relevância a não ser a própria discussão teórica. A questão fundamental é entender que em certas situações poderão ser invocadas as excludentes de responsabilidade, enquanto em outras assim não será possível.

2.3.5 TEORIA DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Passando por todas essas teorias, modernamente prevalece entre nós a que defende a responsabilidade objetiva do Estado. Trata-se, conforme antes mencionado, da teoria que resta positivada em nossa Carta Maior. Consoante Paulo Nader²⁵:

Em nosso ordenamento, consoante a previsão do art. 37, § 6º, da Lei Maior, é ampla a previsão de responsabilidade do Estado diante de atos ou omissões dos agentes públicos, a ponto de Seabra Fagundes ressaltar que se pode afirmar, em princípio, que *“nenhum ato administrativo ilegal, que cause lesão a direito do administrado, deixa de dar lugar à reparação econômica”*.

Tal tese visa minimizar a desigualdade existente entre o particular e o Estado, cujos interesses normalmente prevalecem frente aos interesses do cidadão, em função das prerrogativas típicas da Administração Pública. Levando isso em consideração, faz-se necessário que exista um maior rigor no que concerne à responsabilização estatal, uma vez que o Estado já detém uma série de privilégios em comparação com a posição dos indivíduos genericamente considerados.

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo²⁶:

Seria, portanto, injusto que aqueles que sofrem danos patrimoniais ou morais decorrentes da atividade da Administração precisassem comprovar a existência de culpa da Administração ou de seus agentes para que vissem assegurado seu direito à reparação.

Dessa forma, tal como insistentemente afirmamos, defendemos aqui a responsabilidade objetiva do Estado mesmo frente às condutas omissivas, por considerarmos que a comprovação da culpa ou dolo em casos tais seria bastante difícil para os administrados.

Desse modo, quer seja a omissão genérica ou específica, surge para o Estado a responsabilidade objetiva. Seguimos, portanto, a posição defendida por Hely Lopes

²⁵ NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, v. 7: Responsabilidade Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 351.

²⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, op. cit., p. 850.

Meireles²⁷, para quem a responsabilidade é objetiva tanto no ato omissivo, quanto comissivo. Vejamos:

O essencial é que o agente da Administração haja praticado o ato ou a omissão administrativa na qualidade de agente público. Não se exige, pois, que tenha agido no exercício de suas funções, mas simplesmente na qualidade de agente público.

Yussef Said Cahali²⁸ endossa tal posição. Para ele:

[...] desde que exigível da Administração a execução da obra ou a prestação do serviço que teriam prevenido ou evitado o evento danoso sofrido pelo particular, identifica-se na conduta omissiva estatal a causa bastante para determinar a responsabilidade objetiva do Estado por sua reparação.

Além disso, consoante veremos, o nosso ordenamento jurídico não diferenciou a responsabilidade estatal diante de condutas omissivas e comissivas. Foi dito em tópico prévio que onde o legislador não diferenciou, não nos cabe diferenciar.

Sobre o tema, perfeita é a lição de Gustavo Tepedino²⁹, para quem: “não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte – *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”.

Assim, os danos sofridos pelos apenados em decorrência da inércia estatal devem ser analisados sob a ótica da responsabilidade objetiva, considerando que o Estado ocupa, nesses casos, a posição de garante, devendo zelar pela integridade física e psíquica dos presos.

²⁷ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. pp. 686-687.

²⁸ CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: RT, 4ª edição, rev., atual. e ampl., 2013, p. 217.

²⁹ TEPEDINO, Gustavo. **A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal**. Em: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 190.

3 DA SITUAÇÃO CARCERÁRIA DO PAÍS E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Tendo sido realizada a conceituação preliminar da responsabilidade, a análise das suas espécies e divisões, bem como o histórico evolutivo das teorias concernentes à responsabilidade civil, passamos agora para a problemática relativa à investigação da situação carcerária brasileira.

Tal como visto no capítulo anterior, para que se possa falar em responsabilidade civil, três são os elementos a serem analisados, quais sejam: a ação ou omissão do agente, o nexo de causalidade e o dano causado a terceiro. No presente estudo, temos por objetivo observar a situação carcerária do país e evidenciar os motivos pelo quais poderia ser ensejada uma responsabilização por parte do Poder Público em relação aos sujeitos que estão sob sua custódia penal.

Desse modo, cumpre identificarmos os números dos relatórios indicadores do panorama carcerário brasileiro, verificar a situação dos presídios de nosso país e encontrar eventual fundamento para a responsabilização estatal frente à superpopulação carcerária. Para além disso, é importante que analisemos a Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, marco importante em se tratando do tema aqui discutido.

3.1 Superpopulação Carcerária: Os Dados do Sistema Prisional e a Discussão Sobre a Violação das Garantias

Constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, verdadeiro Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana. Esta pode ser entendida, nos precisos e clássicos ensinamentos de Ingo Sarlet³⁰, como sendo:

a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humano.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

Nesse sentido, todos os indivíduos devem ser tratados de maneira compatível com o fundamento explícito em nossa Carta Magna, ou seja, todos devem ter respeitadas as garantias e direitos fundamentais que compõem o seu patrimônio jurídico.

Tal argumento não comporta exceções. Nesse ínterim, mesmo aqueles que estão sob custódia penal devem ser tratados de maneira cortês. Não é porque determinados indivíduos estão sendo responsabilizados penalmente que não merecem a tutela e consideração do Estado. Pelo contrário: a eles devem ser conferidas condições dignas de sobrevivência, de modo a se preservar sua integridade física e, sobretudo, psíquica.

A própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLIX, assegura o respeito à integridade física e moral dos presos. Também a Lei de Execução Penal³¹ (7.210/1984) endossa uma série de direitos que deve ser garantida aos apenados. Na realidade, o seu artigo 3º já afirma que serão assegurados ao condenado e ao internado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

No que concerne a tais direitos, temos que estão estes esparsamente distribuídos, mas podem ser mais facilmente identificados nos artigos 40 e 41 da legislação em comento, segundo os quais há de se destacar aqueles que julgamos mais relevantes, em se tratando do tema aqui discutido:

Art. 40 - Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

Percebe-se, portanto, que a legislação de execução penal estabelece um rol de direitos dos apenados, ali sendo incluída a necessidade de respeito à integridade física e moral, devendo lhes ser concedida assistência em diversos âmbitos. Atribui-se às autoridades estatais o dever de zelar pela dignidade daqueles. Além disso, fontes normativas internacionais, a exemplo das Regras de Mandela (Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento dos Presos) e da própria Convenção Americana de Direitos Humanos, também reiteram a necessidade de ser promovida uma garantia mínima de segurança física e psíquica aos detentos.

Dessa forma, há de se considerar que é da responsabilidade do Estado verificar a compatibilidade existente entre o cumprimento da pena e o tratamento digno dos que estão

³¹ BRASIL. **Lei de Execução Penal (1984)**. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>.

sob sua custódia. A entidade estatal deve realizar ações que se voltem para a concretização das garantias fundamentais. Isto porque, apesar de o direito à liberdade do preso estar temporariamente cerceado, os demais continuam merecedores de tutela estatal, ou seja, o fato de o direito à liberdade estar provisoriamente limitado não confere ao Estado a possibilidade de desrespeitar os demais direitos do cidadão.

Trata-se, para além de mera abstenção, da necessidade de realização de uma conduta positiva: o Estado, quando no cerceamento da liberdade individual de determinado indivíduo, deve fornecer meios que possibilitem a sua reabilitação. É necessário que o sistema penitenciário seja adequado para os fins que possui. Assim, devem ser garantidas condições mínimas de saúde, higiene, alimentação e todo o aparato necessário para que os apenados possam ter respeitadas as suas integridades física e moral. Não se trata de garantir um padrão de vida luxuoso, mas de viabilizar o respeito ao mínimo existencial.

Tudo isto se coaduna com o próprio fundamento da prisão e da pena: para além da punição, busca-se evitar a reincidência. Através da privação do *status libertatis* se almeja que o condenado possa, após o cumprimento da sua pena, ser novamente colocado na sociedade para uma convivência pacífica. Ocorre que esse retorno sereno à convivência social só será eficaz se, quando no cumprimento da pena, o preso despertar para tal fato. Obviamente, caso não seja dado a ele um tratamento condizente com o fundamento da dignidade humana, o apenado não despertará para si essa consciência.

Há, no clássico livro “Dos Delitos e das Penas”, de Cesare Beccaria³², um capítulo no qual o autor se posiciona acerca da finalidade das penas. Para ele:

[...] o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que bem longe de agir por paixão, é o moderador tranquilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu.

Trata-se de uma visão antiga, mas que se torna bastante atual, cabendo no contexto aqui por nós exposto. Modernamente, comentando a Lei de Execução Penal, Mirabete³³ também se manifesta sobre o escopo da pena:

³² BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e Das Penas**. Trad.: Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martis Fontes, 1977. p. 62.

³³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 11ª edição, rev. e atual. 2007, p. 28.

Contém o art. 1º da Lei de Execução Penal duas ordens de finalidades. A primeira delas é a correta efetivação dos mandamentos existentes na sentença ou outra decisão criminal, destinados a reprimir e prevenir os delitos. Ao determinar que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal, o dispositivo registra formalmente o objetivo de realização penal concreta do título executivo constituído por tais decisões. A segunda é a de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, instrumentalizada por meio da oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança possam participar construtivamente da comunhão social. (...) O sentido imanente da reinserção social, conforme o estabelecido na lei de execução, compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir o retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para sua integração, não se confundindo com qualquer sistema de tratamento que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em contraste com os direitos da personalidade do condenado.

É por nós sabidamente conhecido que a realidade carcerária em nosso país é deplorável. Não raras vezes se noticia nas mídias a realização de estudos que buscam conferir publicidade e alertar a sociedade para a situação precária na qual nos encontramos. Rebeliões em presídios funcionam como atestados do quadro de desrespeito. Trata-se de uma realidade que perpassa o senso comum da sociedade brasileira.

Em verdade, no contexto aqui narrado, os direitos humanos fundamentais são inequivocamente desrespeitados. A superpopulação carcerária é tida como a mãe de todos os problemas. A partir dela, não é possível fornecer condições materiais, de saúde, alimentação, vestuário, nem mesmo minimamente. Sequer há de se falar no respeito ao mínimo existencial.

A visão de uma grande parcela da sociedade que se reflete na atitude dos nossos agentes estatais é no sentido de que os investimentos no sistema carcerário devem ser mínimos, considerando que os encarcerados estão ali porque realizaram condutas contrárias à lei penal. Trata-se de um pensamento vingativo e egoísta.

Elisa Lieven da Silva³⁴, em artigo sobre o tema, afirma que “A sociedade, apesar de ouvir sobre os defeitos das penitenciárias, crê que os detentos merecem punições severas e sofrimento, como tortura, pena de morte, isolamento carcerário e não necessitam de educação pública.”.

Lizandra Pereira Damarchi³⁵, também tratando do assunto, traz que:

³⁴ SILVA, Elieven Elisa. **A Realidade do Sistema Penitenciário brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7926/A-realidade-do-sistema-penitenciario-brasileiro-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

³⁵ DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os Direitos Fundamentais do Cidadão Preso: Uma Questão de Dignidade e de Responsabilidade Social**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-presos-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

Para as pessoas mais desavisadas, infelizmente ainda a grande maioria da população, o preso deixa de ser um indivíduo dotado de direitos, e passa a ser tratado como coisa, que vive em um mundo à parte da realidade, onde a força bruta do Estado anula o ser dotado de razão à medida que passa a intimidá-lo com o pretexto de manter a ordem e a segurança social.

Dessa forma, o sistema prisional brasileiro é marcado pelo aviltamento da dignidade dos que ali se encontram, o que pode ser percebido de variadas formas.

Nesse sentido, há de se falar na omissão³⁶ do Estado frente a essa circunstância. Encontrar uma penitenciária na qual o funcionamento se dê perfeitamente é situação excepcional. Quando isso acontece uma significativa parcela dos segmentos societários se posiciona no sentido de ser tal fato um absurdo, argumentando que aos apenados não deveria ser conferido tamanho “privilégio”. Sobre o tema, trazemos à baila a visão de Ingo Sarlet³⁷:

Um sinal de que já estamos até mesmo perdendo a medida adequada para mensurar os fatos reside na circunstância de que as celas nas quais as condições de vida ainda podem ser, no limite, chamadas de condignas passam a ser percebidas como se fossem privilégios, o que, em certo sentido, não deixam de ser, quando comparadas às condições desumanas, praticamente insuportáveis e insustentáveis, que caracterizam grande parte dos nossos estabelecimentos carcerários e às quais está submetida a absoluta maioria dos reclusos.

Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, publicado pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional)³⁸, vinculado ao Ministério da Justiça, os quais foram divulgados em junho de 2016, demonstram, quantitativamente, que a realidade do sistema carcerário brasileiro é assustadora. A população prisional brasileira alcança o número de 726.712 pessoas. Esse número, entretanto, se divide entre as pessoas que se encontram em estabelecimentos que são administrados pelas Secretarias Estaduais de Administração Prisional e Justiça (Sistema Penitenciário Estadual), aqueles que estão sob custódia das Secretarias de Segurança Pública, a exemplo das carceragens de delegacias, e aqueles que

³⁶ Há de se abrir uma nota de rodapé para salientar que alguns entendem que a responsabilidade do Estado pelas condições degradantes a que um preso é submetido é por ação e não por omissão. Foi esta a posição de Barroso e de Rosa Weber no julgamento do RE 580.252. Para eles, a responsabilidade se dá pelo fato de o Estado enviar pessoas aos presídios notadamente precários, o que caracteriza uma conduta positiva. Para nós, porém, não é este o caso. Sustentamos a responsabilidade por omissão, por existir uma negligência no que concerne à adoção de condutas que mudariam o cenário do sistema prisional nacional.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade Humana, Ressocialização e a Superpopulação Carcerária no Brasil**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-10/direitos-fundamentais-dignidade-humana-ressocializacao-superlotacao-carceraria?imprimir=1>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

³⁸ DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 04 jan. 2019.

estão nas unidades do Sistema Penitenciário Federal, administradas pelo Departamento Penitenciário Federal.

No primeiro setor, tem-se o número de 689.510 encarcerados. Nas Secretarias de Segurança, alcançamos o número de 36.765. Já no Sistema Penitenciário Federal o número é de 437 presos. Saliente-se que tais dados são de junho de 2016 e, no seu levantamento, houve a participação de 1.422 unidades prisionais.

A questão que nos assusta, para além da alta população prisional, diz respeito ao número de vagas existentes. São apenas 368.049. Basta realizarmos um cálculo matemático simples para percebermos que existe um déficit de 358.663 vagas no sistema prisional brasileiro, segundo os dados de junho de 2016, os quais se encontram provavelmente ultrapassados, levando em conta o progressivo aumento do encarceramento. Desse modo, a taxa de ocupação do sistema prisional brasileiro era, naquele mês, de 197,4%, o que traduz praticamente dois presos por vaga, indo de encontro ao que determina o artigo 85 da LEP, segundo o qual o estabelecimento penal deve ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Tais estatísticas apenas ratificam o que já é de conhecimento público: prevalece, entre nós, a existência de uma superpopulação carcerária que desconhece o que é ser tratada com dignidade.

É importante esclarecermos que em agosto de 2018 foram divulgados novos números relacionados à população carcerária. Trata-se do Banco Nacional de Monitoramento de Presos (BNMP 2.0)³⁹, ferramenta que foi desenvolvida pelo Conselho Nacional de Justiça com vistas a mapear a população prisional de maneira mais dinâmica, após o ajuizamento de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a qual pretendemos discutir no próximo tópico. De qualquer modo, segundo dados desta ferramenta, há, no Brasil, 602.217 presos, uma diferença de 124.495 pessoas a menos do que os últimos dados que haviam sido divulgados pelo próprio CNJ⁴⁰. Ocorre, porém, que tais dados se encontram ainda incompletos, faltando ser inseridos os dados do Estado do Rio Grande do Sul e 15% dos dados de São Paulo.

³⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **BNMP 2.0 revela o Perfil da População Carcerária brasileira**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 04 jan. 2019.

⁴⁰ Há de se fazer um adendo quanto aos dados aqui citados. O relatório do BNMP publicado em agosto de 2018 pelo CNJ traz o número de 602.217 presos. Entretanto, consoante dados constantes no site do próprio CNJ em fevereiro de 2019, dados estes que tem por fonte o Relatório Mensal do Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais (CNIEP), o que temos hoje no sistema penitenciário nacional é um total de 716.268 presos, aí se incluindo aqueles que se encontram em regime fechado (326.262), semiaberto (131.258), aberto (9.346), os presos provisórios (240.909) e aqueles em prisão domiciliar (8.493). Entretanto, por razões científicas e considerando a rotatividade do sistema, tomaremos por base para a fundamentação do presente trabalho a população carcerária divulgada no último relatório publicado pelo Conselho Nacional de Justiça e não o mapa

Em qualquer caso, verifica-se ainda um déficit de vagas assustador. Considerando o número de vagas divulgado no relatório de junho de 2016 e o mais recente número da população carcerária divulgado pelo CNJ, há, no sistema prisional brasileiro, uma deficiência de 234.168 vagas. O que mais nos impressiona é que 40% dos detentos são presos provisórios e, dentre estes, poucos serão condenados à pena privativa de liberdade⁴¹. Em suma, no panorama carcerário brasileiro o que temos hoje é uma grande quantidade de presos provisórios que ficam anos aguardando julgamento e, em este acontecendo, não serão condenados⁴². O que se verifica, portanto, é que há uma predileção por parte dos magistrados na aplicação das prisões preventivas frente às medidas alternativas elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal, o que eleva sobremaneira os dados referentes à população carcerária.

Decorrência lógica desses índices é que as condições de vida encontradas nos presídios brasileiros são assustadoras. Há um quadro de total desrespeito a princípios basilares de nosso ordenamento jurídico. Direitos humanos que encontram respaldo a nível constitucional e infraconstitucional, e até mesmo internacionalmente, são notoriamente desrespeitados. Fala-se, portanto, em uma conduta omissiva do Estado, que permanece inerte diante dos dados assustadores. Tal omissão gera uma série de consequências à *psiqué* dos apenados, em decorrência da insalubridade a que estão expostos.

Em todo o caso, apesar de muitas vezes a própria sociedade conferir legitimidade à omissão estatal frente ao sistema carcerário, é inegável a responsabilidade do Estado quanto às condições em que são colocados os presos. Inquestionável também é a existência de danos psíquicos às pessoas que se encontram convivendo em um contexto de violação de garantias, sujeitos a uma situação degradante e de notável vulnerabilidade.

O quadro de desrespeito é intensificado ao considerarmos que as pessoas que ali estão não possuem outra opção a não ser permanecer naquele local insalubre. Não há, para eles, qualquer alternativa a não ser esperar os anos passarem, no máximo podendo se beneficiar de uma remição de pena ou um livramento ou suspensão condicional da pena, a depender do comportamento e da pena que lhes foi aplicada. De qualquer modo, não podem socorrer a um

mensal constante na plataforma do Geopresídios, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>.

⁴¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de Monitoramento das Prisões:** Cadastro Nacional de Presos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2019.

⁴² AGÊNCIA BRASIL. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em 12 jan. 2019.

“sistema prisional privado” alternativamente, nem a outras situações que amenizariam o problema. Na verdade, encontram-se sujeitos ao Estado 24 horas por dia, dele dependendo para a realização de todas as suas tarefas diárias.

Evidentemente, se aquelas pessoas se encontram encarceradas é porque algum delito fora cometido. Sem pretensão de entrar na discussão sobre os erros judiciários, isto é um fato que não se almeja discutir aqui. Não pretendemos adentrar no mérito das (in)justiças que foram cometidas pelos apenados. Também não estamos analisando os motivos que levaram as pessoas ao cometimento dos delitos. Estes são assuntos para outro trabalho de conclusão de curso que não o presente.

Nesse contexto, cabe, inclusive, colacionarmos trecho de Ana Paula de Barcellos⁴³, onde a mesma critica o fato de a sociedade brasileira ser extremamente punitivista, de modo que ainda não

teria incorporado – a despeito do discurso e do que dispõe a legislação – as noções de igualdade e dignidade essenciais dos indivíduos, trabalhando, diversamente, com uma concepção de dignidade que se vincula não ao ser humano, mas àquilo que ele faz ou deixa de fazer. Os presos, portanto, não seriam considerados titulares de dignidade ou de direitos.

Apesar deste fato, o que se discute aqui é o dever do Estado de tratar com dignidade os que estão sob sua custódia, não sendo o caso de se indagar o motivo pelo qual se encontram privados de liberdade. É evidente que se cometeram alguma infração penal, devem ser responsabilizados por tal fato. Porém, não se pode perder de vista, tal como reiterado anteriormente, que o direito que lhes foi cerceado foi o da liberdade, de modo que a higiene, a boa alimentação e uma vida em que exista a dignidade em patamares mínimos deve ser garantida. Luís Roberto Barroso, no voto proferido em sede do Recurso Extraordinário que buscamos analisar posteriormente, traz uma frase bastante emblemática e que resume bem a situação em apreço: “A pena admitida pela lei e pela Constituição é a de privação de liberdade, e não a perda de dignidade”⁴⁴.

Desse modo, considerando os dados divulgados pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, o quadro que encontramos no sistema prisional brasileiro é notadamente de superpopulação carcerária, o que nos sugere, imediatamente, que podemos estar diante de

⁴³ BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana**. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em 14 fev. 2019.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Inteiro Teor do Acórdão. Voto-vista de Luís Roberto Barroso, p. 98. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 16 fev. 2017. Data de publicação: 11 set. 2017. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 18 out. 2018.

uma série de violações no que diz respeito ao dever estatal de garantir a integridade dos que estão sob sua custódia penal. Trata-se de um pensamento lógico: se há um número “X” de vagas e esse número não está sendo suficiente, é evidente que o Estado não tem capacidade de suportar esse “superávit” conferindo aos apenados um tratamento decente.

Considerando tal situação, dentre outras, abre-se espaço para discussão acerca do Estado de Coisas Inconstitucional que pode ser verificado no sistema carcerário brasileiro, o qual abordaremos no tópico a seguir.

3.2 O Estado de Coisas Inconstitucional: Conceito e Análise Geral

A expressão “Estado de Coisas Inconstitucional” foi introduzida no Direito brasileiro, mas trata-se, na realidade, de uma criação colombiana. Tal locução designa a situação na qual é constatada uma série de violações generalizadas aos direitos fundamentais, decorrendo tais violações da ausência de políticas públicas efetivas na concretização das garantias inerentes ao patrimônio jurídico do indivíduo.

Dito isto, cumpre esclarecermos que essa expressão foi cunhada na Corte Constitucional Colombiana (CCC) e diz respeito, portanto, a um mecanismo de decisão adotado por um órgão judiciário, tendo como objetivo solucionar as transgressões sistemáticas aos direitos fundamentais.

Desse modo, por tratar-se de uma questão macro, o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) envolve diversos Poderes estatais e atores sociais na solução do problema. Em verdade, diz respeito a um problema que ultrapassa a seara do Judiciário, de modo a atingir também o Poder Executivo e o Legislativo para que possam ser alcançadas soluções que possibilitem acabar com o quadro sistemático de violações do qual estamos tratando.

Na realidade, no país onde primeiro passou a se falar nesta expressão, seria necessário, inclusive, o preenchimento de alguns requisitos para que somente assim pudesse se falar concretamente em um Estado de Coisas Inconstitucional. Dessa forma, na Corte Constitucional Colombiana, seria necessária a verificação de certos fatores que influenciam na consolidação do ECI. Em artigo sobre o tema, Mariana Rezende Guimarães⁴⁵ destaca:

⁴⁵ GUIMARÃES, Mariana Rezende. **O Estado de Coisas Inconstitucional**: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana>>. Acesso em 05 jan. 2019.

De acordo com a Corte Constitucional Colombiana, entre os fatores considerados pelo tribunal para definir a existência do estado de coisas inconstitucional, destacam-se: a) a vulneração massiva e generalizada de vários direitos fundamentais que afetam um número significativo de pessoas; b) a prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantir esses direitos; c) a não adoção de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias; d) a existência de um problema social cuja solução demanda a intervenção de várias entidades, requer a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações bem como compromete significativos recursos orçamentários; e) a possibilidade de se lotar o Poder Judiciário com ações repetitivas acerca das mesmas violações de direitos.

Sendo assim, o que se percebe é que há a necessidade de ser verificado um quadro de violações tamanho que atinja um grande número de indivíduos, somado à omissão das entidades estatais responsáveis, o que envolve questões legislativas, mas também administrativas e orçamentárias. Adicionalmente, tal problema deve demandar a atuação de diversos setores, ou seja, exige uma solução estrutural, o que comprometeria os recursos orçamentários. Por fim, em caso de sua não constatação, poderia ocasionar, no Judiciário, uma grande quantidade de ações versando sobre o mesmo objeto, qual seja, a violação em massa de direitos humanos, que interferiria nos demais Poderes estatais.

A respeito do ECI, no próprio RE 580.252/MS, que será objeto de análise mais aprofundada no próximo capítulo, Luís Roberto Barroso⁴⁶ traz algumas considerações:

a Corte Constitucional da Colômbia produziu um mecanismo de intervenção jurisdicional para lidar com falhas estruturais de políticas públicas que impliquem violações massivas e contínuas de direitos e que decorram de omissões prolongadas das autoridades estatais. Trata-se da categoria do “estado de coisas inconstitucional”. Quando a Corte colombiana reconhece e declara a existência de um estado de coisas contrário à Constituição, ela passa a atuar diretamente na formulação de políticas públicas, definindo metas e linhas de ação a serem implementadas por diferentes instâncias de poder. Nesses casos, em geral, a Corte designa uma autoridade para fiscalizar a execução da decisão, de modo que a atuação judicial não se encerra com a prolação da decisão, mas se protraí até que as diversas autoridades levem a cabo as determinações da Corte.

A título de curiosidade, o que ensejou o nascimento da técnica decisória na Corte sob comento foi uma ação de diversos professores colombianos cujos direitos previdenciários foram alvo de sistemáticas violações pelas entidades governamentais, as quais não diziam respeito apenas aos autores da demanda, mas a uma série de outros profissionais afetados com aquela situação. Na realidade, a decisão proferida em 1997, a Sentencia de Unificación 559 de 06 de novembro de 1997, determinou a superação das violações a partir da imposição de

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Inteiro Teor do Acórdão. Voto-vista de Luís Roberto Barroso, p. 60. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 16 fev. 2017. Data de publicação: 11 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 18 out. 2018.

diversas ações pelas diversas autoridades governamentais que tivessem alguma responsabilidade na efetivação das garantias violadas, ações estas que deveriam ser cumpridas em um prazo específico. Mais adiante, no ano de 1998⁴⁷, a Corte Constitucional Colombiana (CCC) voltou a abordar o Estado de Coisas Inconstitucional, dessa vez verificando a sua consolidação também no âmbito do sistema penitenciário nacional:

Las cárceles colombianas se caracterizan por el hacinamiento, las graves deficiencias en materia de servicios públicos y asistenciales, el imperio de la violencia, la extorsión y la corrupción, y la carencia de oportunidades y medios para la resocialización de los reclusos. Razón le asiste a la Defensoría del Pueblo cuando concluye que las cárceles se han convertido en meros depósitos de personas. Esta situación se ajusta plenamente a la definición del estado de cosas inconstitucional. Y de allí se deduce una flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc

Ainda sobre o reconhecimento do ECI no sistema prisional colombiano, Barroso⁴⁸ traz as seguintes considerações:

O caso teve origem em demandas individuais relativas a duas penitenciárias específicas. No entanto, a Corte constatou que a superlotação e as condições desumanas de detenção eram problemas generalizados, configurando a violação massiva dos direitos fundamentais da população carcerária do país. Como resultado, a Corte colombiana determinou a diversos órgãos do Poder Público a adoção de uma série de medidas para a superação desse estado de coisas. Dentre tais medidas, destacam-se (i) a elaboração, no prazo de 3 meses, de um plano para a construção e renovação de presídios que deveria ser executado no período de 4 anos, sob a supervisão de determinados órgãos estatais, (ii) a disponibilização de recursos orçamentários, pelo governo federal, para a execução do plano, e (iii) a separação dos presos provisórios daqueles já condenados.

Em ocasiões posteriores a CCC voltou a tratar do Estado de Coisas Inconstitucional diante de outras áreas e abrangendo violações em searas diversificadas, mas sempre definindo como necessárias as intervenções estatais em setores diversos. Em qualquer caso, para termos

⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença T-153/98**. Terceira Sala de Revisão. Santa Sé de Bogotá: CCC, 28 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Inteiro Teor do Acórdão. Voto-vista de Luís Roberto Barroso, p. 61. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 16 fev. 2017. Data de publicação: 11 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 18 out. 2018.

em mente bem consolidada a noção de Estado de Coisas Inconstitucional, vale adotarmos aqui as palavras de Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁴⁹, para quem:

Quando declara o Estado de Coisas Inconstitucional, a corte afirma existir quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional. Ante a gravidade excepcional do quadro, a corte se afirma legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários e a coordenar as medidas concretas necessárias para superação do estado de inconstitucionalidades.

Em suma, o Estado de Coisas Inconstitucional se concretiza quando as ofensas aos direitos fundamentais são tamanhas a ponto de atingir um grande número de pessoas e exigir, para que não mais se concretizem, um conjunto coordenado de ações das entidades públicas dos variados Poderes. Saliente-se que defendemos a ideia de que a sua existência independe de qualquer pronunciamento decisório a respeito, visto se tratar de uma situação que se verifica empiricamente. Entretanto, em sendo o ECI declarado através de sentença judicial, nasce a possibilidade de o Poder Judiciário atuar pautado no ativismo judicial, ou seja, delineando um conjunto estrutural de ações a serem adotadas pelos três Poderes, de maneira conjunta, para sanar a omissão generalizada que fora verificada em determinado setor.

Desse modo, tal como poderemos verificar a seguir, o que acontece na prática é que o órgão decisório, ao proferir sua sentença, acaba impondo medidas variadas para as autoridades governamentais aplicarem. Tudo isso ocorre sob o argumento de pôr fim ao quadro de violações estrutural e assim consolidar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

3.2.1 O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO CENÁRIO BRASILEIRO: A ADPF 347/DF E A SITUAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL

Considerando tal situação e tendo em mente o panorama carcerário brasileiro, do qual já tivemos a oportunidade de abordar no tópico anterior, no Brasil a discussão sobre essa temática se inicia a partir da proposição de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

⁴⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 07 jan. 2019.

A ADPF 347⁵⁰ foi ajuizada em junho de 2015 levando em consideração a situação que encontramos no sistema prisional brasileiro que, dentre outros problemas, possui um quadro deficitário de vagas, o que acaba sendo ponto de partida para as violações no que concerne aos direitos fundamentais dos apenados. Como consequência das altas taxas de encarceramento, as condições de saúde, higiene e segurança, tal como já se falou anteriormente, são, em muitos casos, deploráveis. As ações e omissões do Poder Público resultam num quadro de desrespeito às garantias que, como já visto, estão dispostas nos níveis infra e constitucional e até mesmo em tratados internacionais relacionados à temática.

Diante desse fato, o PSOL ajuizou a referida ação pleiteando uma série de medidas a serem adotadas pelas entidades públicas no que concerne ao sistema carcerário brasileiro. Trata-se, portanto, da utilização da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental como um instrumento de efetivação de políticas públicas no âmbito prisional.

Como sabemos, a ADPF é um instrumento disposto no ordenamento jurídico brasileiro que visa resguardar um preceito fundamental decorrente da Constituição Federal, de maneira subsidiária, ou seja, quando outro mecanismo não seja capaz de evitar ou reparar a irregularidade em questão decorrente de ato do Poder Público, seja ele comissivo ou omissivo. Trata-se de uma ação, dentre as demais constantes no rol do controle de constitucionalidade, cuja competência de julgamento é do Supremo Tribunal Federal e cuja regulamentação é dada pela Lei 9.882/1999.

Tendo isto em mente, a ADPF 347, ajuizada pelo PSOL tinha por finalidade o reconhecimento do quadro de violações encontrado no sistema penitenciário brasileiro, a partir do apontamento de várias questões que são cotidianamente encontradas no cenário aqui tratado. A partir dela, propunha-se uma série de medidas a serem tomadas pelo Poder Público, com a finalidade de o Poder Judiciário interferir e suavizar a problemática em questão.

Por não ser este o objeto central do nosso trabalho, mas um tema que acreditamos ser relevante de mencionar com vistas a ressaltar a precariedade do nosso sistema penitenciário, iremos adentrar nas medidas que foram deferidas, cautelarmente, exatamente para minimizar a situação em cotejo. Na realidade, foram pleiteados oito pedidos, mas apenas três deles foram deferidos através da medida cautelar.

Desse modo, apesar de na petição inicial terem sido requeridas uma série de medidas a ser adotada, além do próprio reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional como

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 09 set. 2015. Data de Publicação: 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 03 nov. 2018.

matéria referente ao mérito da ação, liminarmente pelo Ministro Relator Marco Aurélio foi deferida cautelar relacionada a três das postulações, quais sejam: estabeleceu-se a necessidade de a audiência de custódia ser realizada em até 90 dias, viabilizando o comparecimento do preso diante da autoridade judiciária em até 24 horas contados do momento da prisão; foi determinado o desbloqueio pela União do saldo acumulado do FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional)⁵¹, ou seja, se definiu que estes recursos devem ser liberados para alcançar os fins aos quais se propõe; além de se estabelecer a proibição da realização de contingenciamentos pelo Poder Executivo do saldo existente naquele Fundo.

Ademais, o Ministro Roberto Barroso propôs a necessidade de serem fornecidas ao STF informações relativas ao sistema penitenciário. Desse modo, a União e os Estados, mais especificamente o Estado de São Paulo, deveriam apresentar dados acerca da situação prisional no prazo de um ano, com vistas a subsidiar o julgamento do mérito que se dará *a posteriori*.

Na realidade, o que se observa no julgamento da ADPF 347 é uma unanimidade entre os ministros no que se refere ao Estado de Coisas Inconstitucional dentro do sistema carcerário brasileiro. Nenhum dos juristas se manifestou em oposição a tal situação. Pelo contrário: enaltecem a necessidade da implementação de um plano que venha a adequar o sistema prisional aos ditames constitucionais. Ademais, concordam os Ministros quanto à necessidade de atuação conjunta dos Três Poderes, tal como se extrai de trecho do Informativo nº 798⁵² do Supremo Tribunal Federal:

Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. Registrou que a responsabilidade por essa situação não poderia ser atribuída a um único e exclusivo poder, mas aos três — Legislativo, Executivo e Judiciário —, e não só os da União, como também os dos Estados-Membros e do Distrito Federal. Ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas

⁵¹ Um comentário digno de nota de rodapé diz respeito à conversão da Medida Provisória 781/2017 na Lei 13.500/2017, que trouxe algumas alterações na Lei Complementar 79/1994 que trata do FUNPEN. Na Exposição de Motivos da MP consta referência expressa à ADPF 347/DF que reconheceu no sistema carcerário um Estado de Coisas Inconstitucional. Isso demonstra que o reconhecimento do ECI pelo STF trouxe proveitos práticos. Tanto é verdade que, dentre outras disposições bastante pertinentes, o parágrafo sexto do artigo 1º da referida LC proibiu expressamente o contingenciamento dos recursos do FUNPEN. Assim sendo, a aparente interferência indevida do Judiciário na área orçamentária a partir da supramencionada ADPF se mostrou proveitosa, na medida em que o Legislativo foi instigado a atuar com vistas a minorar a problemática do sistema penitenciário nacional. Dessa forma, o que temos hoje é que a prática anterior no sentido de deixar o saldo do Fundo Penitenciário Nacional parado por motivos diversos, sem que os investimentos se realizassem, encontra hoje um freio na própria legislação relativa a ele.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 798/STF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em 17 jan. 2019.

legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação.

Sendo assim e considerando o que fora exposto, a atual situação do sistema penitenciário brasileiro efetivamente configura um Estado de Coisas Inconstitucional, o qual além de poder ser observado empiricamente, fora discutido pela Corte Suprema através da ADPF 347, de maneira que se estabeleceu uma série de medidas a serem tomadas não apenas pelo Judiciário, mas também pelo Legislativo e Executivo de maneira conjunta.

Por esta razão é que surgem as críticas no que concerne ao ativismo judicial, considerando que a Corte judiciária atua no sentido de delinear ações a serem implantadas pelos demais Poderes, o que ocasiona questionamentos a respeito da tripartição consagrada por Montesquieu e claramente definida no artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil.

3.2.2 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O ATIVISMO JUDICIAL: A SUPOSTA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA E AS VOZES CONTRÁRIAS AO SEU RECONHECIMENTO

Uma questão imediatamente levantada diante da discussão acerca do Estado de Coisas Inconstitucional diz respeito ao ativismo judicial que é colocado em prática pela Corte decisória. No momento em que o órgão jurisdicional, ao decidir, define que seja traçada uma série de ações pelas entidades governamentais, o que temos, verdadeiramente, é uma atuação bastante proativa da Corte que acaba por pautar a adoção de políticas públicas que, em um primeiro momento, não caberia a ela.

Indaga-se, portanto, se diante das omissões reiteradas dos demais Poderes cabe ao Judiciário agir de maneira supletiva, através da imposição de diligências a serem praticadas pelas entidades administrativas. Na realidade, as críticas se dão no sentido de estar o Poder Judiciário interferindo nas funções Legislativa e Executiva, na medida em que impõe aos Poderes citados por último uma série de medidas tendo por escopo findar a violação de direitos em massa.

Justifica-se a atuação da Corte Suprema nesse sentido amparando o discurso numa falha estrutural que, seja ela decorrente de ação ou omissão das autoridades governamentais, inquestionavelmente traz consigo a violação massiva de direitos dos jurisdicionados. Entretanto, o que há para ser discutido é exatamente o limite para a atuação jurisdicional

diante da situação de incompetência das demais searas: o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional estaria funcionando como uma espécie de mecanismo de compensação em razão da inércia governamental.

Nesse ínterim, deve-se levar em consideração a argumentação daqueles que defendem que o que está sendo consolidado, na realidade, é uma usurpação de Poderes. Ao Judiciário tem sido atribuído o papel que, *ab initio*, não seria de sua competência. Nisso estaria se configurando um ativismo judicial que ultrapassa o limite do tolerável.

Feitas tais considerações, em primeiro lugar, é importante que entendamos o conceito de ativismo judicial. Carlos Alexandre de Azevedo Campos⁵³, criticamente se posiciona:

Em todas as realidades políticas em que se faz presente, em medida mais ou menos intensa, o ativismo judicial, há o *problema da indefinição conceitual*, sempre agravado pelo uso indiscriminado e, muitas vezes, pejorativo do termo. Dentro de amplo universo de debate, a opinião sobre a virtude normativa do ativismo judicial não é homogênea. Na verdade, o ativismo judicial é mais criticado do que elogiado. Para a maioria dos que se debruçam sobre o tema, os juízes ativistas são sempre uma ameaça aos valores democráticos e à separação de poderes, de modo que o termo acaba servindo como "substituto para excesso judicial". Para outros, porém, os juízes e as cortes devem agir de modo mais assertivo em nome dos direitos da liberdade e igualdade e diante da inércia ou do abuso de poder por parte de outros atores políticos e instituições. [...] O ativismo judicial é criticado, mas raramente são fixados critérios adequados para a identificação e avaliação. Não há realmente consenso sobre o que é ativismo judicial e ele acaba significando coisas distintas para pessoas distintas. É possível haver tantas concepções de ativismo judicial quantos autores sobre o tema.

Com as vênias da posição do autor supramencionado e sem fazermos qualquer juízo de valor apriorístico acerca da expressão considerada isoladamente, julgamos pertinente e elucidativa a conceituação trazida por Elival da Silva Ramos⁵⁴ em livro a respeito do tema:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.

⁵³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2015. 248 f. pp. 158-159. Disponível em: < http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8742>. Acesso em 19. jan. 2019

⁵⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

Desse modo, o ativismo judicial diz respeito a um fenômeno jurídico que traduz a atuação do Poder Judiciário além das áreas em que caberia a ele atuar. Fala-se em um Poder Judiciário que, para além de atuar na função judicante, acaba também exercendo um pouco das funções legislativa e executiva, tendo como fundamento a busca pela consolidação dos ditames constitucionais. Desse modo, indo além dos limites que o ordenamento jurídico atribuiu ao Poder Judiciário, com vistas a resolver litígios acerca dos mais variados temas, por vezes as Cortes acabam ultrapassando os contornos que foram delineados para o exercício da função jurisdicional, motivo pelo qual muito se critica o fenômeno ao qual nos referimos.

Considerando a temática do Estado de Coisas Inconstitucional, ao qual estamos nos reportamos, facilmente perceberemos que a questão do ativismo judicial poderá ser prontamente identificada, isto porque tal como se viu o que a Corte Suprema faz é nada mais do que traçar ações a serem tomadas, ações estas que podem ser vistas como verdadeiras políticas públicas que deveriam ser objeto de ações legislativas. Fala-se em uma Justiça proativa. Como afirmam alguns, o que temos é verdadeira competência para compensar incompetências⁵⁵.

Por essa razão é que surgem críticas ferrenhas ao reconhecimento do ECI em qualquer âmbito que seja. No presente trabalho abordamos a temática carcerária. Efetivamente, há um quadro de violações aos direitos fundamentais no sistema prisional nacional, disso não se podendo discordar, nem mesmo questionar, especialmente quando analisamos os números aqui já elencados previamente. O que há de se verificar minuciosamente é até que ponto o reconhecimento dessa situação jurídica pelo Poder Judiciário, com a imposição da implementação de múltiplas medidas pelas diversas autoridades governamentais, é adequado e eficaz.

Vale a pena trazermos à tona o pensamento levantado por De Giorgi e outros⁵⁶ ao discutirem o ativismo judicial dentro do debate acerca do reconhecimento do ECI:

Sob o pretexto de dar eficácia aos direitos fundamentais, o Estado de Coisas Inconstitucional os ameaça. Num país marcado pelos sem-teto, sem-saúde, sem-educação e sem-segurança, o conceito de ECI despreza o fato de que o sistema jurídico não tem estruturas, meios e organizações que lhe permitam corrigir essas mazelas por sentenças judiciais. Proferidas as decisões com base nesse conceito, quem as executará? O guarda da esquina? O vereador do bairro? Se a fonte jurídica da autoridade – a Constituição – é ameaçada pelo ECI, o que dizer da autoridade

⁵⁵ MARQUAD, Oto. apud. DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Disponível em: < <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em 22 jan. 2019.

⁵⁶ DE GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de Coisas Inconstitucional. Disponível em: < <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em 22 jan. 2019.

daqueles que podem aplicar o conceito? Quais seriam os limites e os mecanismos de controle desse poder?

Também criticando o reconhecimento do ECI, Lênio Streck⁵⁷ se manifesta:

Despiciendo dizer — e sou insuspeito pela defesa que faço da jurisdição constitucional — que, ressalvados os excessos, é, sim, dever do Poder Judiciário garantir o cumprimento da lei, independentemente do nome, bonito ou feio, adequado ou inadequado, que a uma situação de descumprimento da lei se tenha dado. Pois a Constituição e a lei são para serem cumpridas. *Só que existe uma coisa chamada política, eleições, parlamento, orçamento, enfim, coisas que fazem parte de uma democracia, sem falar do lugar em que vivemos: um país periférico e com um presidencialismo de coalizão, capenga, que dia a dia agoniza.* Ou seja, com a crítica ao ECI não estou negando a importância do Judiciário para o cumprimento da Constituição (ele é seu guardião!). Se fosse assim, estaríamos acabando com a ideia de controle de constitucionalidade, com a autonomia funcional do Judiciário e outras tantas prerrogativas que dão os contornos à nossa jovem construção de Estado Constitucional de Direito. Sou um defensor do cumprimento da Constituição; e, quando o Judiciário assim o faz, também sou seu defensor. Por um motivo óbvio: defender a Constituição significa defender a democracia. Mas, atenção. É por isso mesmo que, com a vênua da decisão do STF (ADPF 347) e dos que defendem a tese do ECI, permito-me dizer: o objeto do controle de constitucionalidade são normas jurídicas, e não a realidade empírica — vista de forma cindida — sob a qual elas incidem. Portanto, minha discordância é com o modo como a noção de ECI foi construída. Receio pela banalização que ela pode provocar. Tenho receio de um retorno a uma espécie de jusnaturalismo ou uma ontologia (clássica) que permita ao judiciário aceder a uma espécie de “essência” daquilo que é inconstitucional pela sua própria natureza-em-um-país-periférico. Uma espécie de realismo moral.

Desse modo, como bem se posiciona o jurista no trecho acima, o reconhecimento do ECI em que se encontra o sistema carcerário brasileiro constitui uma decisão questionável do ponto de vista da tripartição dos Poderes, ao considerarmos o forte ativismo judicial que ali é mais uma vez invocado. Mesmo sendo notória a violação sistemática de direitos fundamentais, é preciso ter mais cautela quando diante de uma decisão como esta.

Para além da alegada violação à separação dos Poderes, na medida em que o Judiciário proibiu o Executivo de contingenciar valores do FUNPEN, há de ser considerado também o desencadeamento das consequências de uma eventual decisão favorável à reparação monetária em razão da desobediência, no ambiente carcerário, aos preceitos constantes em nossa Constituição Federal. Isoladamente, cada sentença pode parecer inofensiva. Todavia, quando paramos para pensar na possibilidade de todo apenado sujeito à situação insalubre pleitear, junto à Justiça, a reparação pela violação dos seus direitos e garantias fundamentais, um possível cenário caótico será desenhado. Delineia-se, assim, um quadro paradoxal que precisa de solução.

⁵⁷ STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma Nova Forma de Ativismo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

Se o Judiciário deve ou não interferir nas políticas traçadas pelos demais Poderes é uma questão a ser considerada. A discussão acerca do ECI, apesar das críticas que se faz ao ativismo judicial ali empregado, abre espaço para discutirmos o cenário de violações sistemáticas aos direitos fundamentais, o que por si já se mostra bastante relevante. Apesar de proceder de maneira bastante questionável, é inegável que a sentença coloca em pauta a crise no que concerne aos direitos individuais sumariamente aviltados, crise esta que no presente estudo tem por foco a situação prisional do país. Ativismo judicial não deve ser automaticamente entendido como sinônimo de decisão ilegítima.

Mesmo que se afirme que os resultados advindos do reconhecimento do ECI não surtiram os efeitos esperados, a exemplo do que ocorreu na Colômbia, onde a imposição da construção de novas prisões não foi suficiente para efetivamente proteger os direitos das pessoas encarceradas, é certo que se abriu a discussão acerca do papel que desempenham as Cortes para que essa questão seja, ao menos, suavizada.

É evidente que a problemática, tal como se viu, demanda uma atuação sistêmica por parte dos Poderes e órgãos estatais, mas inequivocamente damos abertura a um debate que vai na causa da demanda. Não é demais afirmar que através do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional o Judiciário provoca os demais Poderes a tomarem uma posição a respeito das violações cometidas, indo em busca das verdadeiras causas.

A despeito das críticas, fato é que há um dano concreto se repetindo e a responsabilidade do Estado pelo sistema prisional deletério é incontestável. Portanto, há de se indagar qual a melhor forma de se compensar aqueles que estão expostos a um cenário de violação de direitos e garantias fundamentais, o que nos propomos a fazer no capítulo a seguir.

4 DO CASO PARADIGMÁTICO: REFLEXÕES ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252

Pelo que fora exposto e considerando a teoria geral da responsabilidade civil, pode-se falar que diante do panorama de superpopulação carcerária estão configurados os três requisitos básicos da responsabilidade, quais sejam: a conduta, o dano e o nexo de causalidade, sem olvidar da discussão acerca da culpa nos casos de responsabilidade subjetiva o que para nós não é pertinente, visto que estamos no âmbito da responsabilidade estatal.

A conduta prejudicial se consubstancia na omissão estatal em propiciar o respeito à integridade dos apenados. Consoante se verificou, há diversos dispositivos legais, para além da nossa Carta Maior, que trazem o dever que possuem as autoridades estatais quanto ao fornecimento de uma conjuntura favorável ao cumprimento da pena. Nesse sentido, ao não adotar as providências necessárias para alterar o quadro de superpopulação carcerária, o Estado atua de maneira omissiva quanto ao fornecimento de estrutura presidiária digna.

Dessa forma, alimentação, saúde, integridade física e psíquica, dentre outros direitos são sumariamente aviltados, quando, na verdade, deveria a Administração Pública ser o principal exemplo na efetivação dos direitos fundamentais. Em outros termos: a falta de reformas e melhorias da infraestrutura carcerária, bem como a falta da inspeção nas prisões são elementos que configuram o não agir estatal, corroborando para a falta de vagas no sistema prisional que é um forte indicativo da existência de dano.

No que tange ao dano, também este é inequívoco, ao considerarmos a integridade física e psíquica dos apenados que se mostra atingida, na medida em que não se fornecem condições de vida em conformidade com o princípio da dignidade humana nos presídios em que há déficit de vagas. Saúde, higiene, educação, trabalho, segurança, nada disso é minimamente satisfeito, contrariamente ao que a LEP preconiza como direito dos presos. Desse modo, os detentos que se encontram em um ambiente carcerário onde há flagrante desrespeito aos seus direitos básicos estão sujeitos a um dano que, demonstrado o vínculo com a omissão a qual nos referimos anteriormente, faz surgir a responsabilidade estatal, sem necessidade de se perquirir acerca do dolo ou culpa.

Por fim, quanto ao nexo de causalidade, temos também que este pode ser facilmente verificado na medida em que o Estado se queda inerte quanto à situação dos apenados. Caso fosse outra a atitude do Poder Público, não haveria de se falar em dano. O dano só existe em razão da omissão estatal. Há verdadeira negligência. Em decorrência dela, o desrespeito se consolida. Repise-se inexistir qualquer causa excludente de responsabilização. Trata-se de

mera inércia das entidades públicas, devendo o Estado responder objetivamente, ainda que, exista quem se filie à teoria da culpa administrativa, e, portanto, responsabilidade subjetiva, no caso em comento.

De todo modo, o que há de mais importante a ser ressaltado é o descompasso entre a lei e sua aplicação, o que confere fundamentos suficientes para uma coerente fixação da responsabilidade civil do Estado, tal como se buscará aprofundar no presente e último capítulo do trabalho de conclusão de curso que aqui escrevemos, que tem por objetivo analisar o Recurso Extraordinário 580.252, que teve julgamento suspenso em maio de 2015, sendo sua decisão prolatada em fevereiro de 2017, mas cujas consequências jurídicas repercutem até a presente data, dada a magnitude da discussão.

Nesse passo, é interessante destacarmos que o caso que ensejou o RE 580.252, que nasce no presídio de Corumbá (MS), pode ser enquadrado como paradigmático por discutir a possibilidade de o Estado ser condenado à indenização por danos morais sofridos pelos detentos que se encontrem sujeitos à superpopulação carcerária. Todavia, não podemos deixar de considerar que outras situações históricas envolvendo a situação prisional são igualmente merecedoras de atenção.

Um caso que ficou internacionalmente conhecido por ser símbolo da falência do sistema prisional é o do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, atual Complexo Penitenciário de São Luís (MA), palco de diversas rebeliões e mortes de detentos e agentes penitenciários. Pela magnitude dos acontecimentos, diversas resoluções e determinações foram encaminhadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ao Estado brasileiro para que o presídio se adeque às condições de habitabilidade básicas. O Complexo recebeu, inclusive, visita da Organização dos Estados Americanos (OEA) para atestar a situação *in loco*⁵⁸. Em decorrência disso, após uma série de mudanças estruturais, o presídio passou por melhorias significativas, mas conta com acompanhamento constante da CIDH.

Ademais, o Instituto Penal Plácido de Sá, integrante do Complexo Penitenciário de Bangu, no Rio de Janeiro, e o Complexo Penitenciário de Curado (antigo Complexo Aníbal Bruno), em Pernambuco, são notadamente emblemáticos por terem sido objeto de novas recomendações da CIDH no final de 2018, nas quais se determina, como medida provisória,

⁵⁸CONECTAS. **Corte Interamericana De Direitos Humanos determina Reforma de Presídio de Pedrinhas.** Disponível em: < <https://www.conectas.org/noticias/corte-interamericana-determina-que-governo-brasileiro-reforme-prisoas-de-pedrinhas-e-faca-levantamento-sobre-mortes-ocorridas-desde-2015>>. Acesso em 13 mar. 2019.

dentre outras, o início do cômputo do cumprimento dos dias de pena em dobro em razão da situação degradante de tais presídios⁵⁹. Trata-se de um acontecimento bastante emblemático.

Desse modo, tal como viemos alertando, a situação prisional no Estado brasileiro é alvo de diversas polêmicas e situações que chamam a atenção, inclusive em nível internacional. O caso de Corumbá não é isolado, mas se caracteriza como paradigmático por abordar a questão da responsabilidade estatal em relação aos danos morais experimentados pelos detentos expostos às condições de precariedade classicamente encontradas nos presídios brasileiros.

4.1 Superpopulação Carcerária e o Caso Paradigmático do Mato Grosso do Sul

Feita a análise do sistema carcerário brasileiro, bem como da Teoria do Estado de Coisas Inconstitucional, passemos para a análise do *leading case* que afirmou ser devida a indenização pelos danos morais em decorrência da superpopulação carcerária.

Trata-se do julgamento de Recurso Extraordinário com fundamento no artigo 102, III, “a” da Constituição Federal, o qual fora interposto pela Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul contra acórdão da Terceira Seção Cível do Tribunal de Justiça daquele Estado. Tal órgão jurisdicional, em um primeiro momento, em sede da apelação cível 2006.003179-7/0001-01, entendeu pelo cabimento de indenização por conduta omissiva culposa do Estado (teoria da culpa administrativa). Entretanto, posteriormente acabou por acolher embargos infringentes e modificar o seu entendimento, de modo a reestabelecer o juízo de improcedência ao afirmar que apesar de Anderson Nunes da Silva (detento condenado a 20 anos de reclusão pelo crime de latrocínio, atualmente encontrando-se em liberdade condicional) ter cumprido a pena em condições degradantes e ilegítimas em um presídio no município de Corumbá-MS, tal fato não ensejava indenização, em razão da impossibilidade orçamentária do Estado face à reserva do possível.

Duas são, portanto, as questões principais relacionadas ao Recurso Extraordinário: a existência de responsabilidade estatal diante das circunstâncias discutidas e a possibilidade de aplicação da teoria da reserva do possível. Posteriormente, surgirá uma nova discussão relativa à indenização do dano configurado.

⁵⁹ CONJUR. Corte Interamericana de Direitos Humanos proíbe Novos Presos em Presídio de Bangu. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-16/corte-interamericana-direitos-humanos-proibe-novos-presos-bangu>>. Acesso em 13 mar. 2019.

O Recurso Extraordinário chegou ao STF em razão do provimento e conversão de agravo de instrumento pelo Ministro Ayres Britto, relator originário do caso, posteriormente a ter sido exercido juízo negativo de admissibilidade na origem. Mais tarde, em fevereiro de 2011, foi reconhecida a repercussão geral do tema 365 - “Responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superpopulação carcerária” - ao Recurso Extraordinário 580.252⁶⁰, em decorrência de ser este um caso de interesse coletivo, na medida em que se contrapõe à teoria da reserva do possível e reconhece como legítima a pretensão de indenização decorrente de superpopulação carcerária. A coletividade é, pois, diretamente impactada com seus efeitos.

Vejamos a ementa da decisão⁶¹ prolatada pelo Ministro Ayres Britto, relator originário do caso, que reconheceu dita repercussão:

LIMITES ORÇAMENTÁRIOS DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. EXCESSIVA POPULAÇÃO CARCERÁRIA. PRESENÇA DA REPERCUSSÃO GERAL. Possui repercussão geral a questão constitucional atinente à contraposição entre a chamada cláusula da reserva financeira do possível e a pretensão de obter indenização por dano moral decorrente da excessiva população carcerária. (STF - RG RE: 580252 MS - MATO GROSSO DO SUL, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 17/02/2011, Data de Publicação: DJe-109 08-06-2011)

O Pretório Excelso, contrariamente ao TJMS, em sessão plenária presidida pela Ministra Cármen Lúcia e realizada em fevereiro de 2017, decidiu o mérito do RE, indicando que o fato de um presidiário estar submetido a condições desumanas ensejaria sim a responsabilização do Estado e, como consectário lógico, haveria de ser fornecida indenização por danos morais ao apenado. Decidiu o STF que, em tal caso, era nítida a responsabilização objetiva estatal.

Ocorre, porém, que tal decisão foi palco de muitas críticas, uma vez que muitos entendem que tal fato não ensejaria o direito a qualquer indenização, visto que, caso assim fosse realizado, estaríamos diante má aplicação de recursos públicos. Há, ainda, quem sustente sua argumentação com base na reserva do possível, afirmando não existir recursos suficientes para tamanha responsabilização. Discute-se, até mesmo, qual o grau de responsabilidade do Estado diante de um cenário crescente de criminalidade frente à estrutura

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Relator: Min. Ayres Britto. Acórdão Eletrônico. Data de julgamento: 17 fev. 2011. Data de publicação: 08. jun. 2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>>. Acesso em: 10 out. 2018.

⁶¹ Ibidem.

limitada do sistema carcerário brasileiro. Tendo isso por base, há de se questionar se a decisão do STF pode ser considerada legítima.

4.2 Da Responsabilização Estatal no Caso em Comento

A Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul alegou que o preso teria direito à indenização levando em consideração as condições precárias de habitabilidade e insalubridade, especialmente no que concerne ao espaço físico das celas. Dessa forma, pediu a condenação do Estado pela indenização referente a um salário mínimo, enquanto aquela situação não fosse modificada. Na apelação, o TJMS havia condenado o Estado ao pagamento de R\$2.000,00 (dois mil reais) pela indenização por danos morais. Em sede de embargos infringentes, porém, tal obrigação fora afastada, na medida em que o órgão colegiado modificou seu entendimento e acolheu a argumentação no sentido da aplicação da teoria da reserva do possível.

Para interpor o Recurso Extraordinário, a Defensoria Pública alegou a violação aos artigos 5º, III, X e XLIX, bem como ao artigo 37, parágrafo sexto da Constituição Federal⁶², sustentando que havia responsabilidade objetiva decorrente da submissão do apenado a um tratamento desumano e degradante, não devendo ser aplicada a cláusula da reserva do possível, por se tratar de uma obrigação estatal relacionada à garantia do mínimo existencial.

Na realidade, admitir a aplicação de dita teoria seria abrir um precedente para que o Estado pudesse se eximir de sua responsabilidade em outras áreas de atuação, além de passar a mensagem de que os direitos fundamentais dos apenados podem continuar sendo violados, uma vez que nenhuma sanção seria atribuída ao Estado, face à insuficiência do erário público.

A União atuou no caso como *amicus curie* e se manifestou pelo desprovimento do Recurso Extraordinário, da mesma forma que a Advocacia Geral da União e o Procurador-Geral da República, o qual alegou inexistência de nexo causal entre o dano decorrente da superpopulação carcerária e o artigo 5º XLIX da Constituição que trata do direito ao respeito

⁶² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

à integridade física e moral dos presos. Segundo eles, não estaria evidenciado o liame direto entre a omissão, que no entender deles se configurava genérica, e o dano.

A par disso, conforme entendimento do Ministro Teori Zavascki, que assumiu a relatoria do caso, o processo inicial que culminou no RE 580.252 não trazia controvérsia quanto à caracterização da responsabilidade estatal. Na realidade, o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul já havia entendido, em um primeiro momento, pela ocorrência de lesão aos direitos fundamentais ensejadora de danos, considerando que a própria vigilância sanitária havia confeccionado um laudo que comprovava a precariedade da situação no presídio que tinha capacidade para 130 (cento e trinta) e encontrava-se com 370 (trezentos e setenta) presos. Adicionalmente, havia documentos do DEPEN e até mesmo um decreto editado pelo Poder Executivo reconhecendo a situação. Por fim, havia um lapso temporal suficiente para que o Poder Público tivesse tomado alguma providência e nada fora realizado.

Dessa forma, consoante Teori Zavascki, novo Ministro relator do Recurso Extraordinário em comento⁶³:

Os fatos da causa são incontroversos: o recorrente, assim como os outros detentos do presídio de Corumbá/MS, cumpre pena privativa de liberdade em condições não só juridicamente ilegítimas (porque não atendem às mínimas condições de exigências impostas pelo sistema normativo), mas também humanamente ultrajantes, porque desrespeitosas a um padrão mínimo de dignidade. Também não se discute que, nessas condições, o encarceramento impõe ao detendo um dano moral, cuja configuração é, nessas circunstâncias, até mesmo presumida. Sendo incontroversos os fatos da causa e a ocorrência do dano, a questão jurídica desenvolvida no presente recurso ficou restrita à sua indenizabilidade, ou seja, à existência ou não da obrigação do Estado de ressarcir os danos morais verificados nas circunstâncias enunciadas. É nesses limites e sob esse enfoque que o recurso extraordinário deve ser examinado.

Não havia, portanto, qualquer divergência quanto à responsabilidade do Estado pela inadequação dos serviços. Trata-se de uma situação que se amolda perfeitamente ao artigo 37, parágrafo sexto da Constituição Federal. Assim, em havendo o dano e verificada a existência do nexo causal com a falta de atuação da Administração, haveria de se falar na responsabilidade civil objetiva do Estado.

Na realidade, a própria jurisprudência do STF tem deixado claro existir responsabilidade objetiva pela integridade física e moral daqueles que estão sob a custódia do Poder Público. O Conselho Federal da OAB já ajuizou, inclusive, a Ação Direta de

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Inteiro Teor do Acórdão. p. 11. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 16 fev. 2017. Data de publicação: 11 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 18 out. 2018.

Inconstitucionalidade de número 5170 - que se encontra em tramitação, mas que ainda não fora julgada quando na conclusão do presente trabalho de conclusão de curso - de relatoria da Ministra Rosa Weber, com vistas a declarar a responsabilidade civil do Estado pelos danos morais causados aos apenados em situação desumana, degradante ou de superlotação, pleiteando a retirada de qualquer interpretação que possa impedir a indenização em tais moldes⁶⁴.

Dessa forma, considerando o alicerce principiológico constitucional, aparentemente não havia razões para se desconsiderar a responsabilidade estatal em casos como este. É manifesto que o Poder Público tem a obrigação de manter padrões mínimos de dignidade no sistema carcerário, em virtude de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, frente ao incontestável dever estatal aqui ressaltado, bem como evidenciada a inércia quanto à realização de qualquer ação para modificar o quadro encontrado, restava averiguada a omissão do Estado, reputando-se incontroverso o dano moral advindo da circunstância de superlotação carcerária.

A discussão, porém, residiu no fato de ser ou não devido o pagamento de indenização pelos danos extrapatrimoniais experimentados. Falava-se, portanto, na questão da “indenizabilidade” do dano moral, que fora levantada pelo relator originário do caso, Teori Zavascki. Destarte, é necessário discutir esse elemento com maior profundidade, para que se analise a (des)necessidade de reparação em pecúnia. É o que nos propomos a fazer a seguir.

4.3 Do Dano Moral Incontroverso e da Alegação da Teoria da Reserva do Possível como Cláusula Excludente de Reparação

No presente caso paradigmático, tal como elencamos anteriormente, é a dignidade humana que transparece como princípio basilar lesado diante de um cenário de superpopulação carcerária. Ao entendermos a dignidade humana como fundamento para outros direitos e garantias individuais, podemos afirmar que o bem jurídico prejudicado no caso em comento tem repercussões diversas no bem-estar de determinada pessoa.

Na clássica citação de Kant⁶⁵, temos que:

⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI discute direito de indenização a preso em condições desumanas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278788>>. Acesso em 16 out. 2018.

⁶⁵ KANT, Immanuel, 1724/1804. **Textos selecionados / Immanuel Kant**: Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí. Tradução de Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 140.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem dignidade.

Nesse sentido, aparece a discussão acerca do dano moral. Não há de se falar em qualquer prejuízo patrimonial passível de aferição do seu *quantum*. Não se trata de um bem material que foi lesado e que merece reparação pelo valor econômico que possui. Na realidade, o que se afirma ter sido aviltada no caso em comento é a própria dignidade daquele que é posto em um sistema prisional que não comporta a quantidade de presidiários que ali fora colocada.

Dessa forma, uma vez que a dignidade humana não é mensurável, não tem um preço e não pode ser trocada por alguma coisa equivalente, fala-se em um bem jurídico cujo valor é inestimável. Estamos, portanto, diante de uma situação que enseja não uma reparação em termos patrimoniais, mas sim em termos extrapatrimoniais.

Apesar de podermos considerar a dignidade humana como sendo pertencente ao patrimônio individual insuscetível de apreciação monetária, é evidente que tal bem jurídico merece a tutela estatal quando diante de uma eventual lesão.

Conforme ensina Flávio Tartuce⁶⁶:

Constituindo o dano moral uma lesão aos direitos da personalidade (arts. 11 a 21 do CC), para a sua reparação não se requer a determinação de um *preço* para a dor ou o sofrimento, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de *lenitivo*, *derivativo* ou *sucedâneo*.

Não há de se falar, portanto, na finalidade de serem acrescidos ao patrimônio da vítima valores pecuniários. Não se trata de ressarcimento, mas de reparação pelos prejuízos suportados, com a finalidade de amenizar a dor e o sofrimento sentidos pela vítima.

É lógico que a indenização, seja ela por dano material ou não, não tem o condão de recompensar aquilo que fora perdido. Sobre tal fato Sílvio Venosa⁶⁷ se posiciona:

A indenização em geral, por danos materiais ou não, possui em si própria um conteúdo que extrapola, ou mais propriamente, se desloca da simples reparação de um dano. Costumamos afirmar que a indenização, qualquer que seja sua natureza, nunca representará a recomposição efetiva de algo que se perdeu, mas mero lenitivo (substitutivo, diriam os mais tradicionalistas) para a perda, seja esta de cunho material ou não. Desse modo, sob certos prismas, a indenização pode representar

⁶⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 409.

⁶⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Obrigações e Responsabilidade Civil. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 790.

mais ou menos o que se perdeu, mas nunca exatamente aquilo que se perdeu. O ideal da chamada justa indenização é sempre buscado, mas mui raramente ou quiçá nunca atingido. Por isso que se trata mesmo de um ideal.

Muito mais do que ter por finalidade restabelecer o patrimônio da vítima, tem a indenização uma função reparadora, que é mais facilmente verificada nos casos dos danos morais. Não se trata de ressarcir os danos sofridos. O *quantum* indenizatório se justifica pela busca que se faz com vistas a reparar a dignidade do ofendido.

Dessa forma, na esfera dos danos não patrimoniais, hão de ser percebidos os valores axiológicos próprios de tais fatos. São danos que atingem direitos de personalidade e, por isso mesmo, de difícil avaliação pecuniária.

Sobre o tema, Flávio Tartuce⁶⁸, citando Noronha:

Fernando Noronha esclarece que “a reparação de todos os danos que não sejam suscetíveis de avaliação pecuniária obedece em regra ao princípio da satisfação compensatória: o quantitativo pecuniário a ser atribuído ao lesado nunca poderá ser equivalente a um ‘preço’, será o valor necessário para lhe proporcionar um lenitivo para o sofrimento infligido, ou uma compensação pela ofensa à vida ou à integridade física” (*Direito das obrigações...*, 2003, p. 569). Aliás, entendimento ao contrário carregaria de *imoralidade* o dano moral.

Noutro giro, nunca estaremos diante de um *quantum* indenizatório que equivale ao preço do sofrimento propriamente dito. Na realidade, o que se busca é recompensar, de alguma forma, todo o abalo psíquico sofrido frente a uma situação que retira o sossego e a tranquilidade de alguém. Como tal sofrimento não é passível de mensuração, o que se busca é amenizar determinada questão.

No caso em comento, inicialmente a Defensoria Pública do MS pleiteou a condenação do Estado ao pagamento de um salário mínimo enquanto a situação de insalubridade não fosse alterada. Por outro lado, como se viu, o TJMS havia condenado o Estado de Mato Grosso do Sul a pagar R\$2.000,00 (dois mil reais) pelos danos morais sofridos, mas posteriormente modificou o seu posicionamento de modo a afastar o dever de reparação, baseando-se na teoria da reserva do possível, pela qual para reparar o dano seria necessário implementar políticas públicas para as quais não havia verba orçamentária suficiente. Em todo o caso, o que se observa é que, por se tratar de um dano extrapatrimonial o que ocorre é mera estimativa do sofrimento vivenciado.

⁶⁸ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**, v. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 409.

Quanto à alegação da reserva do possível, interessante é o posicionamento de Barroso⁶⁹:

O Estado tem o dever de indenizar os danos morais causados pelo encarceramento em condições atentatórias aos mínimos padrões de dignidade. **Não se pode invocar a teoria da reserva do possível ou outros subterfúgios teóricos para afastar a responsabilidade civil do Estado na hipótese. Isso implicaria negar a uma minoria estigmatizada a titularidade de seus direitos mais elementares à integridade física e moral, à não submissão a tratamento desumano ou degradante e a penas cruéis, em frontal violação à Constituição.** Seria, portanto, legitimar uma concepção desigualitária a respeito da dignidade humana, que nega aos presos o seu valor intrínseco, como se não se tratasse de seres humanos. Essa compreensão deve ser amplamente rejeitada por este Supremo Tribunal Federal. (grifo nosso)

Dessa forma, apesar de ter o Estado do Mato Grosso do Sul alegado a falta de dotação orçamentária como argumento para que fosse excluída a necessidade de reparação, não se trata de uma argumentação válida. Na realidade, é evidente que a modificação da situação a que estão expostos os presos depende da adoção de políticas públicas para tanto. Entretanto, tal fato não retira do Estado a responsabilização pelas violações que causam danos pessoais aos detentos. O Poder Público não pode ficar impune. Trata-se, na realidade, de medidas que não se excluem. O próprio relator do caso, à época, o Ministro Teori Zavascki⁷⁰, fez uma consideração extremamente pertinente em seu voto:

Não se nega que a eliminação ou, pelo menos, a redução de violações à integridade e à dignidade da pessoa dos presos dependem da adoção de políticas públicas sérias e voltadas especificamente à obtenção de tais resultados. Disso não decorre, porém, que as violações causadoras de danos pessoais, mesmo morais, aos detentos, ainda ocorrentes, devam ser mantidas impunes ou não passíveis de indenização, ainda mais nas circunstâncias fáticas descritas na presente causa. [...] **É evidente, pois, que as violações a direitos fundamentais causadoras de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não podem ser simplesmente relevadas ao argumento de que a indenização não tem o alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda.** (grifo nosso)

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Inteiro Teor do Acórdão. Voto-vista de Luís Roberto Barroso, p. 44. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 16 fev. 2017. Data de publicação: 11 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Inteiro Teor do Acórdão. Voto do Min. Teori Zavascki, pp. 11-12. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 16 fev. 2017. Data de publicação: 11 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 18 out. 2018.

Se, por um lado, o Estado deve instituir políticas com vistas a melhorar as condições carcerárias, por outro também a Administração deve indenizar os danos individuais enquanto a situação não é modificada. Uma coisa não anula a outra. Trazer a teoria da reserva do possível para essa discussão constitui verdadeiro subterfúgio teórico para afastar a responsabilidade civil do Estado, tal como mencionou Barroso.

Ademais, como se viu em capítulo anterior quando tratamos do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, nas hipóteses em que o Judiciário interfere, de certa forma, na adoção de políticas públicas, imediatamente surgem as vozes contrárias ao ativismo judicial dito exacerbado. Se inúmeras são as críticas no que diz respeito à implementação de políticas públicas pelo STF, por se afirmar que a ele não cabe tal prerrogativa, talvez o estabelecimento da obrigação de indenizar por parte do Estado seja alvo de críticas menos ferozes.

Na realidade, a responsabilidade pelos danos, tal como defendido anteriormente, é uma obrigação que encontra respaldo não apenas na legislação infraconstitucional (art. 43 do Código Civil), mas na própria Carta Magna (art. 37, parágrafo sexto) e até mesmo em pactos internacionais.

Fora alegado pelo Estado do Mato Grosso do Sul que a ação indenizatória de danos morais não fará com que o Estado conceda aos detentos que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais condições de vida mais dignas. Ao contrário, naquela oportunidade afirmou-se que mesmo em se tratando do provimento da ação e consequente obrigação estatal em reparar o apenado, este continuará na mesma situação de dano, que não se extinguirá.

Entretanto, mesmo considerando que a indenização a ser paga não tem o condão de modificar a situação do sistema carcerário atual, entendemos que este fato não constitui uma excludente com relação à obrigação de indenizar que detém o Estado. Como antes afirmado, a indenização aqui discutida não terá a capacidade de magicamente tirar o apenado da situação sub-humana em que se encontra, mas não se pode desconsiderar dita indenização apenas por este motivo.

É inegável que as questões relativas à segurança pública são muito mais profundas e demandam uma maior atenção por parte do Poder Público. Todavia, não se pode alegar que, por não ter a indenização a capacidade de eliminar o problema prisional, ela não deve ser fixada. Argumentos assim apenas trazem uma justificativa para que nada seja feito com relação à problemática carcerária, perpetuando uma prática que já é recorrente.

É lógico que os presos não terão sua dignidade reestabelecida pelo simples pagamento da indenização, mas como foi antes afirmado, o *quantum* indenizatório em sede de danos morais consiste em uma maneira de tentar reparar algo que evidentemente não possui valor pecuniário correspondente e que, por mais que se busque exprimir um valor para tanto, os danos sofridos jamais serão anulados. Em assim sendo, os apenados não podem sofrer duplamente: primeiro pelo desrespeito à sua dignidade e depois pela negação da tentativa de minimizar os danos experimentados em face daquele desrespeito.

O argumento da reserva do possível não detém guarida, não podendo simplesmente ser alegada a insuficiência de recursos financeiros. Não é esta, por óbvio, cláusula excludente do direito à reparação especialmente considerando que garantias fundamentais estão em pauta. Na realidade, é fato incontroverso que quando o mínimo existencial não está sendo garantido, não se pode argumentar com base na reserva do possível. Aderir a tal argumentação é legitimizar e banalizar o quadro prisional bárbaro que observamos atualmente.

Ao tratar do fetiche punitivista e do colapso do Estado de Direito, o defensor público do Estado do Rio Grande do Sul, Domingos Barroso da Costa⁷¹, expõe criticamente um pensamento que deve ser tido como premissa frente ao quadro de violações:

O respeito à lei é justamente a marca de um Estado de Direito, ou seja, de um Estado que se funda e que autolimita o exercício de seu poder a partir da racionalidade da lei. E é justamente no âmbito do sistema penal, em que o poder estatal se expressa de forma mais radical — o *jus puniendi* enquanto expressão do poder soberano de privar o cidadão de sua liberdade — que essa racionalidade deve se fazer mais efetiva, de modo a evitar que a intervenção repressiva se converta em mal maior que aquele causado pela conduta que a ensejou. Rompidos os limites racionais da lei, o poder, em casos tais, se perverte em crime, traindo o Estado de Direito e as bases que legitimam e estruturam a Justiça pública.

Dessa forma, entendemos ser perfeitamente devida a reparação pelos danos que sofrem os presos expostos a uma situação de violação de garantias legal e constitucionalmente asseguradas. Tal como entendeu o Plenário, que acompanhou o relator do caso, há de ser reconhecida a responsabilidade do Estado pelo desrespeito à integridade física e psíquica dos apenados.

A despeito do clamor punitivista da sociedade, o dano moral na situação analisada é inequívoco, devendo o Estado ser responsabilizado por tal fato, restando ser discutida qual seria a melhor forma de reparação para a situação.

⁷¹ COSTA, Domingos Barroso da. **O Fetiche Punitivista e o Colapso do Estado de Direito**. Consultor Jurídico, 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/tribuna-defensoria-fetiche-punitivista-colapso-estado-direito>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

4.4 Dos Votos dos Ministros e Forma de Reparação Mais Adequada

Não havendo maiores questionamentos quanto à responsabilização do Estado diante da situação narrada, há de se indagar se a reparação pecuniária e o *quantum* fixado se revelam justos tendo por base o objetivo de amenizar o sofrimento sentido. Cinco ministros entenderam que a indenização fixada anteriormente pelo TJMS, de R\$2.000,00 (dois mil reais), se mostrava justa. Foram eles: Teori Zavascki, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Dias Toffoli e Cármen Lúcia. Foi este o posicionamento que prevaleceu, quando no julgamento realizado na sessão plenária.

Outros dois ministros, Marco Aurélio e Edson Fachin entenderam que seria mais razoável a proposta inicial da Defensoria Pública do Mato Grosso, que pleiteou um salário mínimo mensal enquanto durasse a situação ultrajante a que se sujeita o apenado, argumentando que o valor isolado de R\$2.000,00 (dois mil reais) seria irrisório.

Interessante, porém, é a posição que fora defendida por Luís Roberto Barroso e seguida por Luiz Fux e Celso de Mello. Estes entenderam que a reparação pelos danos morais deveria ser efetivada, *a priori*, através de elementos não pecuniários, mais especificamente, através da remição de pena. A proposta levantada por Barroso foi tão profundamente discutida que atualmente se encontram em tramitação projetos de leis relativos à reforma da LEP, a exemplo do PLS 147/2017⁷², que trazem consigo a possibilidade da remição de pena nas hipóteses de superlotação carcerária e encarceramento em circunstâncias desumanas.

O que se vê, portanto, é que o voto do Ministro abriu o horizonte de possibilidades concernentes à responsabilização do Estado nas condições supracitadas. Dada a relevância da discussão, julgamos pertinente abrir subitem próprio para tal.

4.4.1 A REMIÇÃO DA PENA COMO POSSÍVEL MECANISMO RESSARCITÓRIO

O voto-vista proferido por Barroso em maio de 2015 questionou se a entrega de indenização em dinheiro, ratificada no voto proferido pelo relator do caso, Teori Zavascki, em dezembro 2014, e posteriormente seguida por Gilmar Mendes, é adequada para a situação. No entender do julgador, a solução pecuniária para efeitos de indenização para a lide aqui narrada poderia não ser dotada da eficácia que se espera, especialmente por considerar que o presidiário continuaria sob as mesmas condições. Na realidade, poderia até mesmo consistir

⁷² SENADO FEDERAL. **Proposta de Lei do Senado nº 147/2017**. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129159>>. Acesso em 20 out. 2018.

em uma destinação inadequada de recursos públicos que em nada melhorará o sistema prisional brasileiro.

Para ele, a indenização individual não é capaz de aumentar o número de vagas, o que é evidente. Estaríamos, assim, deixando de traçar políticas públicas para responder a situações isoladas que, apesar de resolver injustiças pontualmente, acabam por contribuir para o agravamento do quadro de violações. Para fundamentar o seu voto, ele exemplifica, matematicamente, a possível problemática de se indenizar em R\$2.000,00 cada um dos presos do sistema penitenciário nacional, o que inegavelmente traduziria uma grande parcela dos recursos estatais sendo utilizados unicamente para a reparação e não conserto do cerne da questão.

Julgamos interessante colacionar parte do voto de Luís Roberto Barroso⁷³ fundamentador da sua posição que, consoante veremos, pugna pela indenização *in natura*, através da remição de pena, ao preso que vivencie em meio à condição desumana:

[...] agrego aqui algumas reflexões, que me levam a uma solução um pouco diferente. Basicamente, trago duas razões. **A primeira delas é que este não foi um caso específico, um caso isolado.** O problema do sistema penitenciário brasileiro não é o de Mato Grosso do Sul, é um problema nacional, [...] Assim sendo, estamos diante de um problema que é sistêmico e estrutural e, para o qual, soluções individuais e pontuais de natureza pecuniária podem agregar algum grau de complicação. A premissa do meu voto é que o critério de pagamento de uma indenização de natureza puramente pecuniária não apenas não resolve o problema deste indivíduo ou do sistema; pelo contrário, pode agregar algumas complicações. [...] **E, se depois de receber a indenização, o indivíduo continuar dentro do sistema, ele tem direito a uma nova compensação?** (grifo nosso)

Trata-se de questões muito pertinentes. Para o jurista, estaríamos dando a um problema sistêmico uma solução individual, o que não resolveria a questão. A pecúnia entregue à vítima teria pouca utilidade no que concerne ao reparo das lesões existenciais vivenciadas, especialmente quando consideramos o valor módico que fora atribuído no caso em comento. Esta, aliás, seria outra questão a ser discutida: quais critérios seriam utilizados para a fixação do montante?

Além disso, a partir desse precedente, muitos casos semelhantes poderiam chegar ao Judiciário, de modo que o Estado teria que indenizar individualmente os apenados, alocando

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Inteiro Teor do Acórdão. Voto-vista de Luís Roberto Barroso, p. 36. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 16 fev. 2017. Data de publicação: 11 set. 2017. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623> >. Acesso em: 18 out. 2018.

os recursos públicos em situações pontuais ao invés de serem estes utilizados para a melhoria do sistema carcerário, cerne e causa do problema.

O que vemos, portanto, no voto de Barroso é a proposta da remição de pena como mecanismo indenizatório como uma alternativa ao que ele criticamente denomina de precificação dos direitos da personalidade. Adota o Ministro, portanto, uma posição que privilegia a despatrimonialização do Direito Civil. Tal proposta fora inspirada por acontecimentos do Direito Comparado, na medida em que já fora adotada em países europeus, a exemplo da Itália, contando, inclusive, com apoio da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Nesse passo, segundo o jurista, é evidente que o argumento da insuficiência das dotações orçamentária não seria capaz de afastar a responsabilidade estatal. Entretanto, deveriam ser buscadas alternativas mais eficazes que a reparação pecuniária, especialmente considerando que não há perspectiva de melhoria da crise prisional em curto prazo. Propôs, portanto, em seu voto vencido, que fosse criada uma nova forma de remição de pena, ao lado das elencadas no artigo 126 da Lei de Execução Penal, de modo que seria conferido ao preso 1 (um) dia a cada 3 (três) a 7 (sete) dias em condições degradantes, sendo a indenização em pecúnia estabelecida apenas nos casos em que não houvesse possibilidade de remição (a exemplo de o preso já estar em liberdade, por ter cumprido a pena, como era o caso do Recurso Extraordinário). Na verdade, o jurista pugnou ser esta uma nova modalidade de reparação, que usaria a remição como moeda, tendo como premissa a inexistência de uma forma de compensação ideal.

Nesse ínterim, Barroso se antecipa quanto à possível alegação de violação do princípio da legalidade, especialmente considerando o fato de estarmos dentro da área penal. Assim, argumenta que esse não seria o primeiro caso de remição de pena não previsto em lei, exemplificando com a situação da remição por estudo, que foi concedida durante muitos anos por decisões judiciais e somente posteriormente foi regulamentada por portaria conjunta do DEPEN com o Conselho da Justiça Federal. Ademais, a todo o tempo sustentou pela necessidade da proatividade da Corte Suprema por estarmos diante de um quadro de violações sistêmicas.

Sem nos apegarmos à discussão acerca da não previsão legal da remição, consideramos que apesar de esta parecer uma solução adequada que inova o panorama jurídico da responsabilidade civil no Estado brasileiro, que foi, inclusive, adotada em Estados estrangeiros, tal como se coloca no voto do Ministro, talvez não seja o caso da sua adoção pelos tribunais pátrios. Na realidade, o voto vencido do Ministro é, na teoria, bastante satisfatório e bem fundamentado. Entretanto, há uma série de questões que são levantadas.

A indagação que surge, imediatamente, é aquela no sentido de examinar se o Estado, ao reparar os apenados por outros meios indenizatórios (no caso em comento, através da remição de pena), realmente realocaria os recursos que seriam utilizados para eventual indenização individual na melhoria do sistema prisional, ao que nos parece que não.

Outras questões, ainda mais aprofundadas foram levadas à tona pelos demais Ministros, dentre as quais destacamos algumas. A primeira delas, levantada por Ricardo Lewandowski, concerne à indagação acerca da pena que seria levada em consideração para efeitos da remição: seria o caso de levar em conta a efetiva condenação ou o tempo máximo admitido em lei para que alguém permaneça privado de liberdade⁷⁴? Isto porque caso considerasse a efetiva condenação, para os presos condenados a um número grande de anos, tal benefício teria pouca ou nenhuma serventia.

Como resposta, Barroso pareceu entender que a referência deveria ser os trinta anos admitidos como limite máximo de privação de liberdade, afirmando ainda que essa era uma situação residual e não majoritária. Porém, assegurou que esse era, de fato, um ponto a ser discutido por trazer muitas reflexões consigo, situação com a qual concordamos.

Outro tópico que fora posto em debate por Teori Zavascki e Gilmar Mendes diz respeito ao comprometimento do princípio da reserva legal, ao abrir espaço para uma remição a ser conferida pelo Poder Judiciário. Questionou o finado Ministro se não seria o caso de encaminhamento de uma proposta legislativa regulamentando a matéria. Ocorre que, como foi por nós colocado, tal discussão já havia sido rebatida anteriormente por Barroso. A par dos pontos elencados por este, entendemos que abrir nova possibilidade de remição não prevista em lei é uma questão bastante delicada que futuramente poderia vir ser utilizada como um precedente que, por estarmos no âmbito penal, não nos parece aconselhável.

Adicionalmente, Teori Zavascki também argumentou no sentido de que haveria uma transmutação de competência, na medida em que a pretensão de uma reparação de natureza cível acabaria sendo encaminhada ao juízo de execução penal, a quem seria conferida a atribuição de analisar as postulações referentes à remição, competência que seria colocada conjuntamente às constantes no artigo 66 da LEP. Em resposta, Barroso sustentou que reparação continuaria sendo civil, havendo meramente a utilização de uma moeda penal, qual seja, a liberdade. Somando-se a isso, traz como argumento forte o fato de já ser de

⁷⁴ Aqui fora utilizada como base para o questionamento a súmula 715 do STF que, apesar das discussões acerca da sua constitucionalidade por ferir o princípio da individualização da pena, afirma que a pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução.

competência do juízo penal a fixação de indenização às vítimas dos crimes, de modo que não seria esta uma questão tão relevante. Nesse ponto, concordamos com ele.

Ricardo Lewandoski trouxe outra situação hipotética merecedora de atenção: considerando o fato de os atos dos juízes de execução penal ser de natureza administrativa, nada impediria que o preso, posteriormente, demandasse judicialmente perante o juízo cível por uma indenização pelo dano moral. Questionou, assim, se o preso poderia, não obstante a decisão do juiz de execução penal, ir à busca de uma decisão jurisdicional verdadeiramente. Obteve, porém, resposta negativa, sustentando Barroso que seria o caso de preclusão, de modo que a fixação da remição de pena de um detento sujeito a condições degradantes, feita pelo juiz de execução penal, obstaría uma ulterior pretensão de ajuizamento de demanda cível pleiteando danos morais relativamente à superpopulação carcerária. É o que nos parece razoável, caso realmente viesse a ser adotada a remição da pena como mecanismo compensatório.

Em qualquer caso, a nosso ver, os comentários mais pertinentes ao voto de Barroso foram feitos por Rosa Weber. Em seu voto-vista a Ministra fez menção a outros julgados da Corte relacionados à questão penitenciária, a exemplo do RE 592.581/RS⁷⁵, que julgou ser lícito ao Judiciário impor ao Executivo uma obrigação de fazer no que concerne a adoção de medidas emergenciais nas penitenciárias nacionais com vistas a garantir a dignidade humana nos presidiários; a ADPF 347/DF⁷⁶, já comentada anteriormente, referente ao Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro; o RE 841.526/RS⁷⁷, que fixou a responsabilidade estatal pela morte de detentos nos estabelecimentos prisionais; e o RE 641.320/RS⁷⁸ que trouxe a discussão da possibilidade de cumprimento de pena em regime mais benéfico em caso de falta de vagas no estabelecimento prisional adequado. Dessa forma, a Ministra Rosa Weber quis demonstrar que a questão do sistema penitenciário nacional não é

⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581/RS**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 13 ago. 2015. Data de publicação: 01. fev. 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 18 out. 2018.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. op. cit.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 841.526/RS**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 30 mar. 2016. Data de Publicação: 01 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acesso em 03 nov. 2018.

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.320/RS**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 maio 2016. Data de Publicação: 01 ago. 2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 03 nov. 2018.

pontual. Pelo contrário: reiteradamente tem sido objeto de discussão por parte da Corte Suprema⁷⁹.

O que mais chama a atenção, quando no proferimento do seu voto, é a análise detalhada que fez a respeito do instituto da remição. Pontua a Ministra, inicialmente, que o benefício da remição de pena, segundo a LEP, pressupõe um agir do preso, funcionando como um sistema de mérito. Afirma a jurista que a remição estaria de mãos atadas com a ideia de comprometimento do preso em alguma seara.

Na hipótese de remição como ressarcimento ao dano decorrente das condições degradantes, não haveria nenhuma ação ou omissão do detento. Na realidade, eles seriam beneficiados com a remição em decorrência de um dano causado pelo Estado, figurando como sujeitos passivos e, assim, quebrando a lógica do instituto. Ademais, o que se propõe com a remição de pena nada mais é do que o abreviamento do sofrimento causado ao detento sujeito às condições indignas. Para Rosa Weber, abreviar não é o mesmo que reparar o sofrimento.

Adicionalmente, um dos argumentos que mais saltam aos olhos diz respeito à titularidade do bem lesado e do bem objeto de reparação, sendo ambos pertencentes ao detento. Nesse sentido, pondera Rosa Weber⁸⁰:

Ainda que admitido o conceito de reparação in natura, a permitir substituição de bens distintos como forma de reparação, no caso concreto, tal substituição não reproduziria corretamente regra de imputação de responsabilidade civil ao Estado, conforme o comando do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Em esquematização metafórica, o eminente Relator propõe que o bem 'dignidade' do 'preso', subtraído pelo 'Estado' enquanto o submete a condições degradantes de encarceramento em prisão superlotada, seja reparado pela entrega à vítima do bem 'dinheiro', pertencente ao 'Estado'. Já na fórmula da divergência, o bem 'dignidade' do 'preso', subtraído pelo 'Estado', será reparado pela entrega à vítima do bem 'liberdade', restituído ao 'preso' pelo 'Estado'. A primeira imputa ao Estado, causador do dano ao bem 'dignidade' do preso, uma consequência que invade diretamente sua esfera jurídicopatrimonial, e que consiste na perda de 'dinheiro'. Ao invés, em face do Estado, o que se imputa na segunda proposição? Diretamente, nada. A liberdade e a dignidade pertencem ao mesmo titular. Portanto, há uma proposição que retira um bem pertencente ao Estado como consequência do ilícito que este comete, e outra que simplesmente restitui ao preso algo que lhe pertence, por definição. Se o Estado está a restringir a liberdade física do preso naquele momento, ele o faz com base em outro título jurídico que não está aqui em discussão. O que está em jogo é,

⁷⁹ Para além dos mencionados casos, hão de ser destacadas múltiplas ações que responsabilizam o Estado por violações praticadas no contexto prisional. Não raros são os casos em que o Estado é condenado a pagar indenizações vultosas, seja por erro judiciário, seja por responsabilidade nos casos de rebeliões. Na realidade, a situação prisional brasileira é pauta constante nos tribunais superiores, sendo esta, inclusive, uma das razões pelas quais foi reconhecido o Estado de Coisas Inconstitucional na ADP 347/DF que discutimos em tópico próprio.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Inteiro Teor do Acórdão. Voto-vista de Rosa Weber, p. 141. Relator: Min. Teori Zavaski. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 16 fev. 2017. Data de publicação: 11 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 18 out. 2018.

justamente, a forma de execução desse título. Haveria, portanto, em última análise uma compensação entre obrigações, e não reparação in natura como tal. Com efeito, o Estado, por não cumprir sua obrigação de executar a pena respeitando a dignidade do preso, estaria a abrir mão, voluntariamente, de exigir do preso a obrigação de cumprir integralmente aquela mesma pena.

Dessa forma, o que vemos é que através da remição de pena o Estado estaria de certa forma abstendo-se do seu papel reeducador, com vistas a reinserir o preso na sociedade, tal como propõe o artigo 1º da Lei de Execução Penal. No entender da Ministra, ao adotar a remição de pena como forma de reparação, as condições do presídio não sofreriam mudanças significativas e, além disso, a própria sociedade poderia ser prejudicada, na medida em que um detento estaria sendo novamente inserido nela sem os devidos cuidados, mas por um benefício que a ele foi estendido em decorrência dos danos a que fora exposto no cárcere. Por isso, Rosa Weber votou com o relator, no sentido de se conferir ao reclamante a indenização no valor de R\$2.000,00, atualizada monetariamente.

De qualquer modo, consideramos que, na prática, a remição de pena como mecanismo ressarcitório poderia se transformar em mais uma forma que o Estado teria para esquivar-se das suas obrigações. O apenado, é claro, seria beneficiado pela remição de pena, apesar de não podermos sequer imaginar o sofrimento a que fora exposto e se tal remição seria suficiente para minimizar a realidade por ele vivenciada.

Por outro lado, a Administração Pública poderia ter sua responsabilidade minorada duas vezes. Primeiramente, ao não necessitar reparar monetariamente os presos em situação degradante, devendo apenas remir a pena destes, quando então haveria outra suavização da responsabilidade estatal. Através da remição da pena, o presidiário passaria menos tempo sob a responsabilidade do Estado, podendo tal situação, quando reiterada, levar à diminuição dos gastos com o encarceramento, o que parece ser um grande objetivo dos nossos governantes nos dias atuais. Dessa forma, os gastos do Poder Público com o sistema carcerário seriam aparentemente diminuídos, uma vez que não podemos considerar como certeza a adoção de políticas públicas voltadas às melhorias nas condições dos apenados.

4.4.2 DA PECÚNIA COMO MECANISMO RESSARCITÓRIO MAIS EFICAZ

Assim, apesar de não visualizarmos o *quantum* do caso em comento como satisfatório - na realidade, acreditamos ter sido um valor irrisório, sem utilização de qualquer critério justo aparente -, cremos que a proposta de remição de pena também não é a mais adequada, considerando o panorama político atual. Talvez a melhor forma de fazer com que o Estado

sinta as consequências decorrentes da falta de políticas públicas voltadas para uma melhoria da dignidade da população carcerária seja realmente a condenação pecuniária. Cumpre, porém, verificar se não é o caso de os tribunais pátrios atribuírem valores maiores para a reparação, especialmente ao considerarmos que a dignidade humana é princípio fundamental basilar cuja expressão monetária jamais será passível de ser aferida.

Só quem vivencia violações tão graves aos direitos humanos sabe verdadeiramente que dinheiro algum é capaz de recompor todo o sofrimento físico e psíquico experimentado. Parece-nos que o valor módico que fora atribuído como indenização poderá indicar a predileção do Estado pelo pagamento da indenização ao invés de investir em políticas públicas carcerárias.

Se de um lado, enquanto defensores dos direitos de uma minoria estigmatizada, entendemos que o valor a ser pago a título de indenização foi pequeno, por outro lado, aqueles mais apegados às cifras a serem desembolsadas pelo Estado sustentam que a decisão do STF no caso em estudo poderá causar um rombo bilionário nos cofres públicos, caso todos os presos resolvam entrar com ações indenizatórias na Justiça⁸¹.

Sustentam os adeptos de tal corrente que a decisão da Suprema Corte afetará os cofres públicos a longo prazo, o que fará com que o impacto não seja sentido de imediato. Bruno Boris⁸², professor da Universidade Mackenzie, em reportagem concedida ao jornal Estado de Minas afirma que a conta só será paga daqui a dez, quinze, vinte anos, considerando os prazos dobrados para o Estado e os pagamentos de valores altos através de precatórios. A título de exemplo, reportagem do jornal El País⁸³ publicada em fevereiro de 2017, logo após a decisão do STF, traz a seguinte situação:

Só no presídio de Corumbá, onde Silva [autor do caso paradigmático] cumpria sua pena por latrocínio (roubo seguido de morte), havia uma lotação de quase três vezes a sua capacidade e foram apresentados outros 268 processos como o vitorioso agora no Supremo. Em metade deles, a Justiça concordou com algum tipo de indenização, na outra metade, não. Parte desses processos agora deverá ser revista pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul e deve gerar uma enxurrada de indenizações para criminosos condenados pelos mais diversos delitos. E não apenas neste Estado.

⁸¹GAZETA DO POVO. **Decisão do STF de indenizar preso em cadeia superlotada pode causar rombo bilionário ao governo.** Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/decisao-do-stf-de-indenizar-presos-em-cadeia-superlotada-pode-causar-rombo-bilionario-ao-governo-0cir5kzqqe470flys79c4dbth/>>. Acesso em 27 fev. 2019.

⁸² JORNAL ESTADO DE MINAS. **Indenização de presos só deve impactar orçamento dos Estados a longo prazo.** Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/02/19/interna_nacional,848712/indenizacao-de-presos-so-deve-impactar-orcamento-dos-estados-a-longo-p.shtml>. Acesso em 26 fev. 2019

⁸³ JORNAL EL PAÍS. **Indenização a preso decidida pelo STF é gatilho para enxurrada de ações.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/17/politica/1487367445_156959.html>. Acesso em 27 fev. 2019.

É importante ressaltar que o que aqui se defende não é a banalização das ações de indenização pelos danos morais decorrentes da superpopulação carcerária. Na verdade, não é de nosso desejo que ocorra um aumento exponencial de demandas nesse sentido, pura e simplesmente. Não pretendemos fomentar a já tão conhecida “indústria de danos morais”. O que almejamos, ao contrário, é que a discussão seja posta em relevo de modo suficiente a fazer com que o Estado volte os olhos para a situação prisional.

Em qualquer caso, apesar da possibilidade ora comentada, ainda assim acreditamos ser interessante que os tribunais pátrios aumentem o valor da indenização para que o Estado possa sentir os efeitos reais da condenação, de modo a atentar-se para a necessidade de investimento em políticas públicas no âmbito do cárcere, evitando que postulações por danos morais decorrentes da superpopulação carcerária cheguem até o Judiciário.

A par das discussões relativas ao orçamento deficitário, bem como da necessidade de enquadrar os responsáveis pelo descaso com o sistema carcerário em hipóteses de improbidade administrativa, como querem alguns, consideramos que ao serem obrigados a desembolsar recursos para o pagamento das indenizações, os Estados acabarão encontrando um incentivo para resolver a problema no seu cerne.

Trata-se de uma questão realmente obscura, que merece maiores debates. Se, por um lado, o Estado não pode se eximir da responsabilização decorrente do inequívoco dano experimentado em decorrência da superpopulação carcerária e condições degradantes em que se encontram os presos, por outro lado há de se verificar qual o meio indenizatório mais adequado para reparar tal situação. A questão, portanto, se concentra na forma de reparação. Apesar de não existir mecanismo indenizatório ideal, necessário se faz que seja buscado o que melhor satisfaça os prejuízos sofridos.

Por isso, consideramos bastante relevante o Recurso Extraordinário aqui analisado, por colocar em pauta uma discussão que é colocada em segundo (terceiro, por que não dizer quarto?) plano, exatamente por se considerar que o debate sobre o sistema penitenciário nacional e sua consequente melhoria não é atrativo em termos políticos.

O tema ora discutido não desperta comoção da população em geral, que ainda teima em considerar os presidiários como indigentes. Dessa forma, a atuação da Corte Suprema no sentido de trazer à tona um debate acerca da responsabilidade civil do Estado face às condições desumanas dos estabelecimentos prisionais e, mais do que isso, quanto ao mecanismo de reparação mais adequado para tal, consubstancia uma necessidade real para a qual muitos fecham os olhos.

O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição e detendo para si a talvez utópica função contramajoritária de defender as minorias, tal como mencionou Celso de Mello em seu voto, cumpriu o seu papel de maneira digna ao reconhecer a responsabilidade estatal no caso em comento e, ainda, fixar tese de repercussão geral proposta pelo Ministro Teori Zavascki, nos seguintes termos⁸⁴:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, **é de sua responsabilidade**, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, **a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.** (grifo nosso)

Saliente-se, por outro lado, que não advogamos que a “mera” superpopulação carcerária, isoladamente, enseja indenização. Sustentamos que, para que surja o dever de responsabilização, devem ser verificadas as condições fáticas em que se encontra o detento. Deve haver um lastro probatório suficiente corroborando para a procedência do pedido. Desse modo, a exemplo do que ocorrera no caso aqui discutido, deve existir uma vistoria por parte da vigilância sanitária ou alguma conduta afim, com vistas a atestar, *in loco*, a existência dos danos concretos merecedores de indenização. Não bastam que sejam feitas afirmações genéricas acerca do sistema prisional. É necessário verificar elementos concretos da realidade do detento, a exemplo do espaço da cela, estrutura do presídio, assistência à saúde, educação e trabalho, condições de higiene e salubridade, ventilação, iluminação, sistema de esgoto, dentre outros fatores.

Em sendo verificados tais fatos e atestadas as condições degradantes, negar o direito a indenização por dano moral seria o mesmo que negar aos detentos a própria titularidade dos seus direitos fundamentais. Em outros termos, equivaleria a negar a eles a sua própria dignidade humana.

É sempre válido considerar, inclusive, que a condição do sistema carcerário acaba por contribuir para os níveis de reincidência e perpetuação da violência. Não cuidar dos presídios abre margem para isso.

É certo que existe a necessidade de tomada de ações administrativas, tal como criação de vagas, vinculações orçamentárias, fiscalizações por parte do CNJ nos presídios, enfim, um

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Relator: Min. Ayres Britto. Acórdão Eletrônico. Data de julgamento: 17 fev. 2011. Data de publicação: 08. jun. 2011. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>>. Acesso em: 10 out. 2018.

conjunto de ações administrativas que impliquem em uma reforma da justiça criminal. Porém, falar em políticas públicas não é suficiente. Mais do que isso: é preciso vontade política para colocá-las em ação.

Adicionalmente, não estamos aqui negando que existe um déficit orçamentário. Pelo contrário: reconhecemos esse fato⁸⁵. Não pretendemos, também, desconsiderar as outras searas em que o Estado deve agir, tal como educação, moradia e saúde. Entretanto, quando se trata de dignidade humana, não devemos sopesar dignidades. O fato de um ente da Federação violar determinados direitos constitucionalmente assegurados não o autoriza a violar outros, sem qualquer consequência a ser imputada. A violação de direitos em determinadas áreas não justifica que outros podem continuar sendo violados sem responsabilização.

Em termos pontuais: a dignidade humana não constitui um atributo que pode ser relativizado ou colocado de lado. Sendo ou não um detento, sendo ou não alguém que cometeu um crime, há de ser preservada a sua dignidade. Uma situação não anula a outra.

Apesar de se tratar de uma questão que pode ser inviável monetariamente, deve existir responsabilização de alguma forma. A violação sistemática de direitos fundamentais não pode passar em branco. O Estado tem que sentir que não está dando conta do que é de sua responsabilidade. Deve existir alguma forma de fazer com que o Estado se responsabilize e sinta o peso dessa responsabilização para que tome alguma atitude preventiva.

Ademais, é preciso esclarecer que a indenização nos termos aqui defendidos não anula a necessidade de discutir outras ações voltadas à diminuição da superpopulação carcerária, tal como adoção de medidas alternativas à prisão, revisão das prisões provisórias (como se viu, há, no Brasil, muitos presos sem condenação: em junho de 2016, 40% das pessoas presas não haviam sido ainda julgadas e condenadas⁸⁶), bem como revisão dos delitos de menor potencial ofensivo, da política de drogas e da própria discussão acerca da possibilidade de execução provisória da pena sem condenação definitiva. Como afirmamos, o estabelecimento da responsabilidade estatal pela superpopulação carcerária não é algo que, sozinho, vai resolver o

⁸⁵ Julgamos importante abrir uma nota de rodapé ao fazermos tal afirmação. O que queremos dizer aqui é que, de fato, o Brasil atravessa uma crise em termos econômicos e considerando a efetivação dos direitos fundamentais. Por outro lado, há de se destacar os relatos no sentido do congelamento dos recursos arrecadados pelo FUNPEN e que não eram destinados para a sua finalidade. Pelo que se observa, bilhões de reais foram contingenciados durante anos, o que acaba por não tornar legítima a argumentação no sentido de que a crise no sistema prisional se consolida pela falta de dotações orçamentárias vinculadas a essa área. Em qualquer caso, a modificação da Lei Complementar 79/1994, com vistas a proibir o contingenciamento dos recursos do FUNPEN e tornando a sua utilização obrigatória independentemente de acordos ou convênios a serem firmados, dá indícios de que esse congelamento dos numerários do Fundo será minimizado.

⁸⁶ O GLOBO. **Presos após segunda instância são um quarto da população carcerária**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/presos-apos-segunda-instancia-sao-um-quarto-da-populacao-carceraria-22961245>>. Acesso em 15 nov. 2018.

problema do sistema carcerário. Cumulativamente, devem ser postas em discussão indagações relativas ao Direito Penal Mínimo.

De todo modo, conforme vimos, o que está em jogo no cenário aqui delineado, mais do que a defesa da responsabilização estatal diante do quadro de violações encontrados no sistema prisional, é a proteção da dignidade humana dos detentos. Tal como fora aqui defendido, a dignidade humana independe de qualquer ação praticada. Muito mais do que isso, tal como sustenta Luís Roberto Barroso⁸⁷, trata-se de um valor objetivo que não conquista e, da mesma forma, não se perde em razão de condutas praticadas.

A dignidade humana é, pura e simplesmente, um atributo pertencente a qualquer indivíduo. E os presos, como indivíduos que são, a par da discussão sobre a (in)justiça dos crimes praticados, merecem tê-la respeitada, em consonância com o que está garantido, dentre outros dispositivos legais, também por nossa Lei Maior que já é muito desrespeitada. Em suma: tratar os presos dignamente não é benevolência. É dever estatal. A dignidade humana, tal como defende Rafael Custódio⁸⁸, advogado especialista em Direito Penal Econômico, deve ter prevalência sobre qualquer orçamento.

Mais do que incutir nas camadas sociais a necessidade de respeito aos apenados, é necessário romper com a noção de que prender muito é sinônimo de redução da violência e criminalidade. A velha frase clichê ainda faz muito sentido: prendemos muito, mas prendemos mal. O hiperencarceramento não é a solução para o problema da segurança pública. É necessário que reflitamos. Obviamente, trata-se de uma situação que demanda vontade política. Porém, a despeito disso, é necessário que abramos espaços, ainda que academicamente, para discutir uma questão que, apesar da sua gravidade, pouco desperta interesse. Não olvidando das críticas que são feitas, consideramos ser legítima e inegável a natureza pedagógica da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, por romper com a banalização do caos em que se encontra o sistema prisional nacional.

⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, Lá e Em Todo Lugar”**: A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no Discurso Transnacional. p. 33. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade_humana.pdf> Acesso em 18 nov. 2018.

⁸⁸ JORNAL ESTADO DE MINAS. op. cit.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil do Estado é um instituto que evolui à medida que as transformações políticas e sociais se consolidam. Considerando tal fato, o que temos modernamente é que o Poder Público deve ser responsabilizado em decorrência de determinadas condutas por ele praticadas. Na verdade, a responsabilização estatal pode ocorrer até mesmo nas situações em que o Estado deixa de agir, falando-se, então, nos casos de omissão.

Tendo isso por base, em uma análise histórico-evolutiva, podemos perceber que saindo da total irresponsabilidade e passando por diversas fases, o que vemos atualmente é um Estado que assume a obrigação de atuar em conformidade com certos parâmetros, o que é próprio de um Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a Administração Pública assume para si o dever de prestar certos serviços, proteger e atender aos anseios societários.

Nesse sentido, o que se pode elencar como inegável frente ao que fora aqui exposto é que o Estado, nos moldes das sociedades contemporâneas ocidentais, detém responsabilidade pelas condutas relacionadas aos deveres que lhe são próprios. Trata-se, como foi aqui defendido, de uma responsabilidade objetiva, cujo fundamento encontra-se na necessidade de um tratamento mais rigoroso sobre a atuação da Administração, considerando que o Poder Público já é detentor de uma série de prerrogativas que lhes são próprias.

A par disso, consoante se analisou, a superpopulação carcerária é uma realidade em nosso país. Tida como mãe dos diversos problemas encontrados no sistema prisional, a sua existência acaba por culminar em sistemáticas violações a garantias e preceitos fundamentais. Na realidade, foi verificada uma dissonância entre os deveres atribuídos às autoridades públicas, até mesmo em nível constitucional, e a realidade com que nos deparamos nos presídios espalhados pelo país.

Destarte, o que se observa é uma verdadeira omissão estatal quando o assunto é o tratamento digno que deve ser fornecido aos apenados. Isto porque há uma diversidade de dispositivos legais que corroboram para a necessidade de se conceder aos presos um tratamento digno e compatível com a própria finalidade ressocializadora da pena, prevista já no artigo 1º da LEP. Pactos internacionais também foram firmados pelo Estado brasileiro, em uma clara postura protecionista e voltada para a concretização dos direitos fundamentais.

Entretanto, apesar da vasta gama de dispositivos protetivos, na prática a situação é bem diferente. Os dados divulgados pelo CNJ são assustadores. As condições verificadas nos estabelecimentos prisionais são deletérias. Do mesmo modo o são os efeitos que a privação de

liberdade em ambientes insalubres causa nos indivíduos. A pena, que deveria apenas limitar a liberdade dos detentos, acaba por retirar deles o atributo da dignidade humana.

Em suma, ao se tratar da política prisional e respeito à integridade física dos presidiários, a teoria e a prática estão em polos opostos. As regras que deveriam ser seguidas pelas autoridades governamentais estão sendo sumariamente infringidas. Há um descompasso nítido entre o que está positivado e a aplicação da legislação.

Ademais, trata-se de um quadro de violações sistêmicas e não pontuais. O desrespeito aos direitos individuais dos presos, infelizmente, não é uma situação excepcional. O agravante é que este problema não se limita a um Estado da federação, isoladamente. É uma disfunção atinente ao cenário nacional como um todo. Por isso, o próprio STF já reconheceu no sistema prisional brasileiro um verdadeiro Estado de Coisas Inconstitucional, sendo necessária vontade política para a concretização de políticas públicas que demandam ações dos três Poderes para minimizar o quadro caótico do cárcere brasileiro.

Partindo dessa premissa, e considerando a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil, somado ao fato de ser o Estado responsável pela inércia frente aos problemas do nosso sistema prisional, em sede de Recurso Extraordinário, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a reparação pelos danos decorrentes da superpopulação carcerária se mostra imperiosa. Na realidade, o que se verificou é que a jurisprudência tem constantemente adotado a teoria da responsabilidade estatal objetiva pela omissão no tratamento dos que estejam sob a tutela do Estado.

Em decorrência disso, os tribunais pátrios passam a assumir um posicionamento que pode até ser caracterizado como pacífico no que tange à indenização pelos abalos físicos e psíquicos sofridos pelos detentos. Parece-nos que não há controvérsia a respeito da existência do dano. O cerne da discussão reside exatamente na sua indenização, mais precisamente na reparação pecuniária para uma ofensa que atinge atributos que não são passíveis de monetarização.

Nesse sentido, em se verificando condições desumanas de insalubridade no sistema carcerário, que contrastam com os fundamentos principiológicos do nosso ordenamento jurídico, não há de se cogitar a isenção da responsabilidade do Estado. Foi verificado que nem mesmo a cláusula financeira do possível pode ser utilizada como argumento contrário para tanto.

Isto posto, reputam-se atingidos os objetivos planejados ao início do trabalho monográfico, estando a relevância da presente monografia, ou seja, o seu ponto mais

expressivo, localizada na discussão acerca da indenização do dano moral decorrente da superpopulação carcerária, na medida em que aquele, em si, reputava-se inequívoco.

Como se sabe, o ambiente acadêmico possui a prerrogativa de pôr em debate questões como estas que, pela delicadeza que lhes é própria, não possuem respostas bem precisas. Sendo assim, o presente trabalho de conclusão de curso abre espaço para discussão e ponderação acerca da decisão do STF. Tal como ficou verificado, o problema central do trabalho monográfico é alvo de diversas posições. Aqui, ratificou-se a tese adotada pela Corte Suprema, no sentido de ser devido o pagamento de indenização pecuniária ao preso exposto às condições insalubres no sistema carcerário brasileiro. Entretanto, para além de se ter chegado à dita conclusão, se possibilitou abrir espaço para diversas questões e alternativas que também precisam ser consideradas no que concerne à política criminal.

Resta saber, portanto, se o posicionamento ratificado pelo STF quanto à reparação pecuniária do dano moral é o que deve preponderar com o passar do tempo. Isso porque, conforme verificamos, outros meios indenizatórios podem, eventualmente, se mostrar mais adequados, a exemplo a proposta de remição de pena como mecanismo ressarcitório, defendida por Luís Roberto Barroso.

Em todo o caso, o que temos é uma situação bastante delicada e paradoxal, que merece uma atenção maior por parte dos juristas, uma vez que não se pode admitir, sob hipótese nenhuma, que a Administração continue a desrespeitar direitos que foram árdua e paulatinamente conquistados.

REFERÊNCIAS

- AGÊNCIA BRASIL. **Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo.** Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em 12 jan. 2019.
- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado.** 23. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074/6862>>. Acesso em 14 fev. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. **“Aqui, Lá e Em Todo Lugar”:** A Dignidade Humana no Direito Contemporâneo e no Discurso Transnacional. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/df2015/docs/dignidade_humana.pdf> Acesso em 18 nov. 2018.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e Das Penas.** Trad.: Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martis Fontes, 1977.
- BRASIL. **Código Civil (2002).** 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.
- _____. **Constituição da República Federativa do Brasil. (1988).** 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
- _____. **Lei Complementar 79/1994.** 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp79.htm>.
- _____. **Lei de Execução Penal (1984).** 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF.** Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 09 set. 2015. Data de Publicação: 19 fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 03 nov. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 662.563 AgR/GO.** Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 05 mar. 2012. Data de Publicação no DJE: 08 mar. 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21349297/recurso-extraordinario-com-agravo-are-662563-go-stf>>. Acesso em 02 nov. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 798/STF.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>>. Acesso em 17 jan. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Teori Zavascki. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Data de julgamento: 16 fev. 2017. Data de publicação: 11 set. 2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13578623>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 592.581/RS**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de julgamento: 13 ago. 2015. Data de publicação: 01. fev. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 641.320/RS**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Gilmar Mendes. Data de Julgamento: 11 maio 2016. Data de Publicação: 01 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 03 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 841.526/RS**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 30 mar. 2016. Data de Publicação: 01 ago. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11428494>>. Acesso em 03 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 580.252/MS**. Relator: Min. Ayres Britto. Acórdão Eletrônico. Data de julgamento: 17 fev. 2011. Data de publicação: 08. jun. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623918>>. Acesso em: 10 out. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: RT, 4ª edição, rev., atual. e ampl., 2013, p. 217.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao “Estado de Coisas Inconstitucional”**. Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito. 2015. 248 f. pp. 158-159. Disponível em: <http://www.bdtd.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=8742>. Acesso em 19. jan. 2019

_____. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o Litígio Estrutural**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em 07 jan. 2019.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 338.

CONECTAS. **Corte Interamericana De Direitos Humanos determina Reforma de Presídio de Pedrinhas**. Disponível em: <<https://www.conectas.org/noticias/corte-interamericana-determina-que-governo-brasileiro-reforme-prisoas-de-pedrinhas-e-faca-levantamento-sobre-mortes-ocorridas-desde-2015>>. Acesso em 13 mar. 2019.

CONJUR. **Corte Interamericana de Direitos Humanos proíbe Novos Presos em Presídio de Bangu.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-16/corte-interamericana-direitos-humanos-proibe-novos-presos-bangu>>. Acesso em 13 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de Monitoramento das Prisões: Cadastro Nacional de Presos.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/987409aa856db291197e81ed314499fb.pdf>>. Acesso em 10 jan. 2019.

_____. **BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira.** Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em 04 jan. 2019.

CORTE CONSTITUCIONAL DA COLÔMBIA. **Sentença T-153/98.** Terceira Sala de Revisão. Santa Sé de Bogotá: CCC, 28 de abril de 1998. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>>. Acesso em: 07 jan. 2019.

COSTA, Domingos Barroso da. **O Fetiche Punitivista e o Colapso do Estado de Direito.** Consultor Jurídico, 02 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/tribuna-defensoria-fetiche-punitivista-colapso-estado-direito>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

DE GIORGI, Rafaelle; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043>>. Acesso em 22 jan. 2019.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. **Os Direitos Fundamentais do Cidadão Preso: Uma Questão de Dignidade e de Responsabilidade Social.** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-presouma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em 04 jan. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Teoria Geral das Obrigações.** 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito Administrativo.** 31. ed. São Paulo: Forense, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil** 4. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 650.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil**, v. 3: Responsabilidade Civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAZETA DO POVO. **Decisão do STF de indenizar preso em cadeia superlotada pode causar rombo bilionário ao governo**. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/decisao-do-stf-de-indenizar-presos-em-cadeia-superlotada-pode-causar-rombo-bilionario-ao-governo-0cir5kzqqe470flys79c4dbth/>>. Acesso em 27 fev. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: Responsabilidade Civil**, v. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. **O Estado de Coisas Inconstitucional: a Perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a Partir da Experiência da Corte Constitucional Colombiana**. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-49-janeiro-junho-2017/o-estado-de-coisas-inconstitucional-a-perspectiva-de-atuacao-do-supremo-tribunal-federal-a-partir-da-experiencia-da-corte-constitucional-colombiana>>. Acesso em 05 jan. 2019.

JORNAL EL PAÍS. **Indenização a preso decidida pelo STF é gatilho para enxurrada de ações**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/02/17/politica/1487367445_156959.html>. Acesso em 27 fev. 2019.

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Indenização de presos só deve impactar orçamento dos Estados a longo prazo**. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2017/02/19/interna_nacional,848712/indenizacao-de-presos-so-deve-impactar-orcamento-dos-estados-a-longo-p.shtml>. Acesso em 26 fev. 2019.

KANT, Immanuel, 1724/1804. **Textos selecionados / Immanuel Kant**: Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí. Tradução de Tania Maria Bernkopf, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. São Paulo: Atlas, 11ª edição, rev. e atual. 2007.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, v. 7: Responsabilidade Civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O GLOBO. **Presos após segunda instância são um quarto da população carcerária.** Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/presos-apos-segunda-instancia-sao-um-quarto-da-populacao-carceraria-22961245>>. Acesso em 15 nov. 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade Civil do Estado por Atos Jurisdicionais.** São Paulo: LTr, 2003, p. 24 apud. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil**, v. 3: Responsabilidade Civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Ingo Wolfgang. **Dignidade Humana, Ressocialização e a Superpopulação Carcerária no Brasil.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-10/direitos-fundamentais-dignidade-humana-ressocializacao-superlotacao-carceraria?imprimir=1>> . Acesso em: 15 nov. 2018.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Lei do Senado nº 147/2017.** Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129159>>. Acesso em 20 out. 2018.

SILVA, Elieven Elisa. **A Realidade do Sistema Penitenciário brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7926/A-realidade-do-sistema-penitenciario-brasileiro-e-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Estado de Coisas Inconstitucional é uma Nova Forma de Ativismo.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI discute direito de indenização a preso em condições desumanas.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278788>>. Acesso em 16 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.** 11. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal.** Em: Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.